P. rom. l.
137 b - 7,2 Glück

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

<36632572870013

<36632572870013

Bayer. Staatsbibliothek

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Chriſtian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich = Alexanders Univerſität in Erlangen.

Siebenten Theils zweite Abtheilung.

Zweite, unveränderte Auflage.

Erlangen

in der Palm'ſchen Verlagsbuchhandlung.

1842.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Fortſetzung
des Tit II. Libri V.
de inofficioso testamento.

§. 551.

Wirkungen der Präterition und Exheredation.

Nachdem wir von den Urſachen der teſtamentlichen Ausſchließung der Notherben und inſonderheit von der Form der Exheredation das Nöthige bemerkt haben, ſo iſt nun noch von den Wirkungen der Ausſchlieſſung [1]) zu handeln übrig.

Im

1) Die Hauptſchriften über dieſe Materie ſind ſchon oben S. 197. Not. 32. angeführt. Dieſen ſind hier noch folgende beyzufügen. *Christ. Gott.* HAUBOLD Diss. iur. civ. de differentiis inter testamentum nullum et inofficiosum. P. I. praes. *Car. God. de* WINCKLER def. *Lipsiae* 1784. *Iul. Ge. Paul du* ROI Diss. de testamento ob exheredationem sine elegio factam non ipso iure nullo. *Helmst.* 1780. *Frid. Wilh. Car.* SARTORII Diss. iur. civ. de bonorum possessione, quam contra tabulas parentum liberi agnoscunt. *Lipsiae* 1775. Herrn Kanzlers Koch Bonorum possessio. Gieſſen 1799. §. 8. Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 524. u. folg. *Io. Chr.* WOLTAER Flores ad ius querelae de inoff. testamento sparsi. Hallae 1778. Ebendeſſelben Observationes iuris civ. et Brandenb. Fasc. II. Obs. 27. *Io. God.* HARTUNG Schediasm. de eo, quod mutatum Nov. 115. cap. 3. et 4. circa exheredationem parentum pariter ac liberorum. *Witemb.* 1731. *Fr. Wilh.* GAMBS-

Im Allgemeinen beſtehen zwar dieſe Wirkungen darin, daß Notherben zuweilen das Teſtament als ***nullum***, zuweilen als ***ruptum*** anfechten, zuweilen die ***bonorum poſseſsio contra tabulas*** dagegen ſuchen, zuweilen die ***querela inofficioſi teſtamenti*** anſtellen können. Allein ſtreitig iſt es, wenn die eine oder die andere Wirkung eintritt, und ſehr verſchieden ſind die Meinungen der Rechtsgelehrten, wenn die Frage iſt, wie weit durch die Novellen **115** und **118** das ältere Recht iſt abgeändert worden. Um alle Verwirrung zu verhüten, iſt durchaus nothwendig, zuvörderſt das ältere Recht genau kennen zu lernen, welches beſonders vor der Novelle **115** galt. Dann erſt kann man weiter fragen, welche Aenderungen hierin durch die **115.** und **118.** Novelle gemacht worden ſind.

Das ältere Recht ſtellt zwey Hauptgrundſätze auf.

1) Iſt bey der Ausſchließung eines Notherben die Form des ältern Rechts nicht beobachtet, ſo kann der Civil-Notherbe, welcher zur Zeit des Teſtaments ſchon geboren war, das Teſtament als von Anfang an nichtig (***nullum***), der ***Poſtumus*** aber als ***ruptum*** mit der Wirkung anfechten, daß auch die Legate und übrigen Verordnungen des Teſtaments mit der Erbeneinſetzung wegfallen [2]). Der prätoriſche Erbe ſucht dagegen die ***bonorum poſſeſ-***

Gambsjaeger Comm. te teſtamento in genere in specie inofficioſo una cum remediis iuris. P. IV. pag. 53. seqq. Steins Abhandl. von pflichtwidrigen Teſtamenten Kap. 3. S. 73. ff. Weſtphals Theorie des R. R. von Teſtamenten S. 319. ff. und S. 414. ff. Thibaut Syſtem des Pandectenrechts 2. B. §. 815 — 821. (der zweyten Auflage).

2) *L.* 7. *L.* 30. *D. de lib. et poſtum. L.* 1. *et L.* 17. *D. de iniusto rupto et irr. teſtam. L.* 1. *C. de poſtum. hered. inſtit.*

possessio contra tabulas[3]). Jedoch gab dieſelbe der Prätor auch dem Civilnotherben[4]), nicht nur, wenn er präterirt, oder nicht **rite** enterbt war, ſondern auch, welches ſehr merkwürdig iſt, wenn er neben einem präterirten Kinde zum Erben eingeſetzt war, das Kind mochte nun die **bonorum possessio** für ſeine Perſon agnoſciren oder nicht[5]). Jedoch wurde ſie hier nur als **utilis** angeſehen, dem prätoriſchen Notherben aber war ſie nöthig[6]). Letzter mußte

3) *L.* 1. *pr. D. de bon. poss. c. Tab.* §. 3. *I. de exheredat. liber.* §. 1. *I. de bon. possess.*

4) §. 12. *I. de hered. quae ab int. def. L.* 1. §. 2. *et* 5. *D. de bon. poss. contra tab.* L. 4. *C. de lib. praeterit.* Sartorius cit. Diss. Sect. I. §. 2.

5) *L.* 3. §. 11. *L.* 8. §. 11. *et* 14. *L.* 10. §. 6. *D. de bonor. poss. cont. tab.* Nur mußte der filius heres institutus ſich noch nicht in die Erbſchaft immiſcirt oder ſolche angetreten haben. *L.* 14. *pr. D. de bon. poss. c. T.* Kochs Bonor. possessio §. 8. S. 121. folg.

6) Nur in einem Falle erſcheint auch der Suus als bonorum possessor necessarius, welchen die *L.* 12. §. 1. *D. de bon. poss. c. T.* enthält, nämlich wenn der Sohn in dem erſten nach der Strenge des Rechts gültigen Teſtament von ſeinem Vater förmlich enterbt, in dem zweiten der Form nach mangelhaften Teſtament aber präterirt worden iſt. Hier muß der Präterirte gegen das zweite Teſtament, um die Erbſchaft zu erhalten, die B. P. c. T. ſuchen, welche ihm jedoch das Geſetz nur in dem Falle giebt, wenn der darin eingeſetzte Erbe, ſobald der Sohn bey Seite geſetzt wird, die Erbſchaft würde erhalten können, weil alsdenn das erſte Teſtament durch das zweite nach *L.* 3. *D. de iniusto rupto etc. test.* für aufgehoben zu achten iſt. Wollte hier der Sohn, als Suus, wegen ſeiner Präterition, oder auch zugleich wegen des Mangels der äuſ-

auch gewiſſe Vermächtniſſe präſtiren [7]), von welchen jener befreiet war [8]). Uebrigens ward das Teſtament dadurch reſcindirt, und die Inteſtaterbfolge trat ein [9]).

II) Iſt dagegen die Enterbung oder Uebergehung des Notherben förmlich, oder weil der Präterition eigentlich in dem ältern Rechte keine Form vorgeſchrieben iſt, dieſelbe in einem ſolchen Teſtament geſchehen, in welchem ſie einer förmlichen Enterbung gleichgeachtet wird, ſo iſt das Teſtament nach der Strenge des Rechts zwar gültig; doch kann der ohne gerechten Grund ausgeſchloſſene Notherbe durch die *Querela inofficiosi testamenti* auf Reſciſſion des Teſtaments dringen, zu welcher ſich aber der prätoriſche Notherbe erſt durch die *bonorum possessio litis ordinandae gratia*

äuſſern Form das letzte Teſtament als nichtig impugniren, ſo würde nun das letzte Teſtament das erſte nicht rumpiren, und er müßte jetzt ſein Heil mit der Inofficioſitätsquerel gegen den in dem erſten Teſtament eingeſetzten Erben verſuchen. Was wird er nun aber damit ausrichten, wenn er die Enterbung verdient hat? S. Kochs Bonor. possess. im Commentar über *L.* 12. §. 16. S. 384. u. Weber in den Anmerkungen zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitut. §. 659. Not. 3.

7) *L.* 1. *D. de legatis praestandis contra Tab. bonorum possessione petita.*

8) *L.* 15. *pr. D. eodem*, wo es heißt: Absurdum est, eum cogi legata praestare, quia bonorum possessionem petierit; cum et sine hac hereditatem habiturus sit suo iure.

9) *L.* 1. *pr. D. de legat. praest. L.* 17. *Cod. de colat. L.* 4. *Cod. de lib. praeterit.* Kochs bonor. poss. §. 8. S. 124. folg. Meine Erörterung der Lehre von der Inteſtaterbfolge §. 8. S. 29. a. E. u. folg.

gratia den Weg bahnen mußte[10]). Eine *bonorum poſſeſsio contra tabulas* hingegen konnte hier nicht ſtatt finden[11]).

Es erhellet hieraus, daß ein ſolches Teſtament, welches wie Marcian[12]) ſagt, *recte quidem, ſed non ex officio pietatis factum eſt*, d. i. worin ein Notherbe zwar auf eine an

10) Dieſe war eine Art der bonorum poſſeſsio unde liberi, welche der Prätor einem emancipirten Kinde gab, das zwar auf eine förmliche aber liebloſe Art war exheredirt worden, um es zur Anſtellung der Inofficioſitätsklage zu qualificiren. Denn der filius emancipatus erhielt dadurch ein prätoriſches Inteſtaterbrecht, welches ihm nach dem Civilrecht nicht zuſtand. Der *bonorum poſſeſsio litis ordinandae gratia* gedenkt Ulpian *L.* 6. §. 2. *L.* 8. *pr. D. de inoff. teſtam.* Man ſehe *Ios.* Averanii Interpretat. iuris Lib. I. cap. 8. und Meine Erört. der Lehre von der Inteſtaterbfolge §. 76. Dieſe B. P. litis ord. gratia war jedoch auch dem Vater nöthig, wenn er gegen das Teſtament ſeines emancipirten Sohnes die querela inoff. teſt. anſtellen wollte. Haubold cit. Diſs. cap. VI. pag. 23.

11) *L.* 8. *pr. L.* 10. §. 5. *D. de bonor. poſſeſs. contra tab.* Kochs B. P. §. 8. S. 110. f. Ein förmlich enterbtes Kind wird auch nicht einmal durch ein anderes in dem Teſtament übergangenes Kind der B. P. contra T. theilhaftig, *L.* 10. §. 5. *D. cit.* ſondern erſteres kann nur, wenn der filius ſuus praeteritus das Teſtament nach dem Civilrecht als null und nichtig angefochten, und die Erbſchaft als Inteſtaterbe erlangt hat, mit Hülfe der *Bon. poſſeſsio Unde liberi* zur Hälfte der Erbſchaft gelangen. *L.* 32. *D. de lib. et poſt. L.* 1. §. 9. *D. Si tab. teſtam. nullae extab.* und wenn das präterirte Kind die B. P. c. T. erhalten, ſo muß das enterbte die querelam inoff. teſt. anſtellen, und dadurch das Teſtament für ſeine Perſon entkräften. *L.* 10. §. 5. L. 20. *pr. D. de bon. poſs. c. Tab.* Kochs B. P. §. 8. S. 122. u. §. 29. S. 339.

12) *L.* 2. *D. h. t.* S. Haubold cit. Diſs. Cap. 2. p. 7.

an ſich nicht ungültige, aber doch ungerechte Art enterbt oder präterirt worden iſt, ein *Testamentum inofficiosum* genennt wird.

Um nun aber noch genauer zu zeigen, wenn dieſe mancherley Rechtsmittel ſtatt hatten, und wie ſie unter ſich unterſchieden waren, ſo ſind folgende Fälle zu unterſcheiden.

A) Sind Kinder ausgeſchloſſen, und es iſt

I) vom Vater oder andern väterlichen Aſcendenten männlichen Geſchlechts geſchehen, ſo kommt es darauf an, ob ſie

1) zur Zeit der Teſtamentserrichtung ſchon vorhanden ſind. Hat dieſe der Vater

a) nicht förmlich enterbt oder eingeſetzt, ſo iſt ein Unterſchied zwiſchen ſolchen Kindern, welche

aa) zu der Zeit, als der Vater ſtirbt, noch in ſeiner Gewalt ſind (*Sui*). Die Uebergehung oder nicht förmlich geſchehene Enterbung derſelben, macht das ganze Teſtament null und nichtig [13]). Die Kinder können alſo entweder nach dem Civilrecht gegen das Teſtament die *querelam nullitatis* anſtellen, oder ſie können auch, wenn ſie wollen, dagegen die *bonorum possessio contra tabulas* ſuchen [14]). Vor Juſtinian konnten zwar nur sui filii

13) *Ios.* FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Pandectar. de liberis et postum. P. II. cap. 2. per tot. Weſtphal von Teſtamenten §. 428. folg.

14) Kochs B. P. §. 8. S. 179. a. E. und folg. Dieſe Bon. possessio iſt zwar nur utilis, nachdem die Sui das Teſtament nach dem Civilrecht als nichtig anfechten können. §. 12. *I. de heredit.*

filii das Teſtament nach dem Civilrecht als nullum anfechten[15]). Die Uebergehung der übrigen Kinder, nämlich der Töchter und Enkel, machte das Teſtament nicht ungültig, ſondern dieſe hatten nur ein ius accrescendi auf einen gewiſſen Theil der Erbſchaft, welcher bald eine portio virilis war, bald in der Hälfte der Erbſchaft beſtand, je nachdem ſie entweder mit suis heredibus oder mit extraneis concurrirten[16]). Allein Juſtinian hat dieſen Unterſchied

heredit. quae ab in def. L. 4. *D. de lib. praet. L.* 17. *C. de collat.* Sartorius in der Not. I. angef. Diſſertation Sect. I. §. 1. pag. 25. et §. 2. p. 29. seqq. Allein urſprünglich war ſie auch bey den Suis eine necessaria. Denn es iſt ſehr wahrſcheinlich die B. P. contra T. früher eingeführt worden, als durch die Auctorität der röm. Rechtsgelehrten der Satz geltend ward, daß der Vater die filios suos entweder einſetzen oder förmlich enterben müſſe, wenn das Teſtament gelten ſoll, wovon man erſt zu Cicero's Zeiten Spuren findet, wie aus lib. I. *de Orat.* cap. 38. erhellet. Man ſehe *Ant.* Schulting ad *Ulpiani* Fragm. Tit. XXII. §. 14. Not. 39. (in *Iurispr. Antejustin.* pag. 638.) u. Sartorius cit. Diss. Sect. I. §. 1. pag. 19.

15) *L.* 30. *D. de liber. et postum. L.* 1. *D. de iniust. rupt. etc. testam.*

16) *Pr. I. de Exheredat. liberor.* Cajus *Instit.* Lib. II. Tit. 3. §. 1. Ulpian Frag. Tit. XXII. §. 16. et 17. Weſtphal a. a. O. §. 446—448. Dieſer Unterſchied unter den suis nach dem Unterſchied des Geſchlechts und Grades wurde durch die Interpretation der röm. Rechtsgelehrten und die Praxis der Centumviralgerichte eingeführt, wie Schulting ad *Ulpiani* Fragm. c. l. not. 44. pag. 639. bemerkt. Die nähern Gründe dieſes Unterſchiedes unterſucht Hofacker in Diss. sist. histor. iur. civ. de exheredat. et praeterit. §. 4. Eine Folge jenes Unterſchiedes war, daß Töchter und Enkel unter einer jeder Bedingung

ſchied aufgehoben, und verordnet, daß die Präterition bey den Töchtern und Enkeln, welche noch in der väterlichen Gewalt ſind, eben die Wirkung, wie bey den Söhnen, haben ſollte [17]). Nun fällt alſo jenes ius accrescendi bey präterirten Kindern ganz weg, und es gilt von allen *suis*, ohne Unterſchied des Grades und Geſchlechts, was ehemals blos von Söhnen galt, daß ihre Präterition das Teſtament des Vaters oder väterlichen Groſsvaters nach dem

gung eingeſetzt werden konnten, ohne daß auf den entgegengeſetzten Fall eine Enterbung erforderlich war. *L.* 1. §. 8. *in fin. D. de suis et legitim. heredib. L.* 6. §. 1. *D. de heredib. instit.* Weſtphal §. 444. Merkwürdig iſt es, daß die präterirte Tochter nach einer Conſtitution des Krs. Antoninus auch durch die bonorum possessio contra tabulas mehr nicht erhielt, als durch das ius accrescendi. Juſtinian ſagt dies *L.* 4. *C. de lib. praet.* Ex Praetore autem habebat bonorum possessionem *in totum.* Constitutio autem magni *Antonini* eam in tantum coarctabat, *in quantum ius accrescendi competebat.* Sie mußte überdem legata auszahlen, und zufrieden ſeyn, wenn ſie nur den vierten Theil ihrer Portion übrig behielt. S. Weſtphal §. 539. S. 411. folg. Alles dieſes hat aber Juſtinian durch die *L.* 4. *Cod. cit.* wieder abgeändert, wie aus der folg. Note erhellet.

17) *L.* 4. *Cod. de lib. praeterit.* — Sancimus itaque, quemadmodum in successionibus parentum, quae ab intestato deferuntur, aequa lance et mares et feminae vocantur: ita et in scriptura testamentorum eas honorari, et similibus verbis exheredationes procedere, et *contra tabulas bonorum possessionem* talem habere, qualem filius, vel suus, vel emancipatus, habent, ut et ipsa, si fuerit *praeterita*, ad instar filii emancipati vel sui, *vel testamentum ipso iure evertat*, vel *per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiatur.* Et haec, non solum in *filiabus* obtinere, sed etiam in *nepotibus* et *neptibus* et deinceps obser-

dem Civilrecht null und nichtig macht[18]). Es bleibt auch, nach der Strenge des Civilrechts nichtig, wenn gleich das präterirte Kind vor dem Vater geſtorben iſt[19]). Eben dieſes gilt auch, wenn der präterirte Suus zwar den Teſtirer überlebt, aber von der väterlichen Erbſchaft abſtinirt.

Jedoch giebt der Prätor in dieſem Falle dem in dem Teſtament eingeſetzten Erben die bonorum possessio secundum tabulas[20]), welches man analogiſch auch auf jenen Fall anwendet, wenn der im Teſtament übergangene Sohn

observari censemus. S. Weſtphal von Teſtamenten §. 537. bis 541.

18) *Ge.* Fein Diss. de herede suo sub conditione instituto. *Goett.* 1777. Sect. I. §. 8. et 9.

19) *Pr. I. de exheredat. liberor. L.* 7. *D. de liberis et postum.*

20) *L.* 17. *D. de iniusto rupto etc. testam.* Filio praeterito, qui fuit in potestate, neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit. *Quodsi bonis se abstinuit, licet subtilitas iuris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex aequo et bono tuebitur.* Der Prätor nahm nämlich in ſeinem Succeſſionsſyſtem auf die Suität und Nicht-Suität des präterirten Kindes keine Rückſicht, ſondern hielt das Teſtament, welches ſonſt die prätoriſche Form hatte, der Präterition ungeachtet, für gültig. Denn wäre das Teſtament auch nach dem prätoriſchen Rechte für null und nichtig zu halten, ſo hätte der Prätor dem eingeſetzten Erben keine bonorum possessionem secundum tabulas ertheilen können. Ulpianus *Fragm.* Tit. 23. §. 6. S. *Jos.* Averanius Interpretat. iur. Lib. I. cap. 11. Vinnius in Comm. ad pr. I. de exheredat. lib. n. 6. Voet Comm. ad Dig. Lib. XXXVII. Tit. 4. §. 1. Koch Bon. poss. S. 373. f.

Sohn vor dem Teſtirer geſtorben iſt[21]). Uebrigens iſt bey den suis kein Unterſchied zwiſchen leiblichen und adoptirten Kindern[22]); es mag von der bürgerlichen Nullitätsklage, oder der **bonorum possessio contra tabulas** die Rede seyn[23]). Ja wenn der Großvater einen Enkel an Sohnes Statt annimmt, ſo wird letzter mit ſeinem Vater, gleichſam als wenn er ſein Bruder wäre, zur **bonorum possessio c. T.** gelaſſen[24]).

bb) Sind hingegen emancipirte Kinder vom Vater oder väterlichen männlichen Aſcendenten übergangen worden, ſo iſt das Teſtament nach dem ältern Civilrecht nicht null, weil ſie keine **suis heredes** ſind, wie Juſtinian[25]) ſagt. Denn durch die Emancipation hatten ſie das Agnations- und Familienrecht verloren[26]). Allein der Prätor reſcendirte, wie Paulus[27]) ſagt, die **capitis demi-**

21) *Ios.* Finestres in cit. Praelect. Cervar. P. II. cap. 2. §. 9. Koch Bon. poss. S. 262. u. 438. Malblanc Dig. Tom. III. §. 694. in fin. pag. 843.

22) §. 4. *I. de exheredat. lib.* ulp. *Frag.* Tit. 22. §. 14.

23) *L.* 1. *pr. D. de bon. poss. c. T. L.* 1. §. 6. *D. Si tab. testam. nullae.* Ulpian *Fragm.* Tit. 28. §. 3. et 8.

24) *L.* 3. §. 3. *D. de bon. poss. c. T. L.* 1. §. 9. *D. de conjung. cum emancip. lib. eius de* Retes de bonorum possess. contra Tab. Cap. III. §. 2. Sartorius cit. Diss. Sect. I. §. 2. not. h. pag. 31.

25) §. 3. *I. de exheredat. liberor.* §. 11. *I. de heredit. quae ab int. defer.*

26) *L.* 3. §. 1. *D. de cap. minut.* Finestres cit. Praelect. P. II. Cap. 3. §. 4.

27) L. 6. §. 1. *D. de Bon. poss.*

deminutio der Billigkeit wegen, und ſetzte inſofern das emancipirte Kind in die Qualität und Lage eines sui, daß ſolches nach der Verordnung des Prätors entweder eingeſetzt oder enterbt werden mußte, jedoch mit dem Unterſchiede, daß Deſcendenten männlichen Geſchlechtes ohne Unterſchied des Grades, ſie ſeyen Söhne oder Enkel, namentlich enterbt werden mußten, weibliche Deſcendenten aber auch inter caeteros gültig enterbt werden konnten[28]. Solche Kinder hatten alſo, wenn ſie vom Vater waren präterirt worden, als prätoriſche Notherben, blos die *bonorum possessio contra tabulas*, die der Prätor zu ihrem Beſten einführte. Jenen Unterſchied des Geſchlechts hat nun zwar Juſtinian in einer neuern Verordnung[29]) aufgehoben, nach welcher die Töchter ſo gut wie Söhne, entweder zu Erben ernannt, oder namentlich enterbt werden müſſen, und den erſtern, im Falle einer geſchehenen Präterition, die bonorum possessio contra tabulas auf gleiche Weiſe und mit eben der Wirkung, wie den emancipirten Söhnen, zuſtehen ſoll[30]).

Aber

28) §. 3. *I. de exhered. lib.* Emancipatos liberos *iure civili* neque heredes instituere neque exheredare necesse est, *quia non sunt sui heredes.* Sed *Praetor* omnes tam foeminini sexus, quam masculini, si heredes non instituantur, exheredari iubet: virilis sexus *nominatim*, foeminini vero *inter caeteros;* quia si neque heredes instituti fuerint, neque ita, ut diximus, exheredati, permittit eis Praetor *contra tabulas* testamenti *bonorum possessionem.* Man vergleiche auch Ulp. *Fragm.* T. 22. §. 23. und Finestres Praelect. Cervar. c. I. §. 6. Weſtphal §. 531. und 532.

29) *L.* 4. *C. de lib. praet.*

30) Es iſt wohl nicht zu bezweifeln, das die oben in der Note 15. erwähnte Conſtitution des Kaiſ. Antoninus auch auf emancipirte

Aber keineswegeſ hat Juſtinian hierdurch ſchon jetzt die emancipirten Kinder den suis dergeſtalt gleichgemacht, daß ſie nun auch das Teſtament nach dem Civilrecht als nichtig hätten anfechten können [31]). Der Grund iſt ganz natürlich der, weil die emancipirten Kinder noch kein Civilinteſtaterbrecht hatten, welches ihnen Juſtinian erſt ſpäterhin durch die Nov. 118 ertheilt hat [32]). Die **B. P. contra tabulas** hörte alſo durch die *L. 4. C. de lib. praet.* ſo wenig auf in Anſehung der emancipirten Kinder, wenn ſie der Vater präterirt hatte, eine **necessaria** zu ſeyn [33]), daß ſie vielmehr vom Juſtinian

cipirte Töchter ging, und daß auch dieſe durch die B. P. c. T. nicht mehr erlangen konnten, als nach jener Conſtitution die filiae suae erhielten. Es läßt ſich dieſes auch aus Theophili *Paraphr. gr.* ad §. 3. I. de exheredat. lib. nicht undeutlich ſchließen. S. Sartorius cit. Diss. Sect. I. §. 6. not. y. p. 69.

31) Es ſind zwar mehrere Rechtsgelehrten anderer Meinung, als Vulteius in Comm. ad §. 3. I. de exheredat. liberor. Schilter in Praxi iur. Rom. Ex. XXXVIII. §. 54. Allein offenbar geht die Abſicht des Kaiſers in der *L. 4. C. de lib. praet.* aus welcher der §. 5. *I. de exh. lib.* zu erklären iſt, dahin, daß die Sui und Suae unter ſich, eben ſo, wie die emancipati und emancipatae einander gleich ſeyn ſollen. Jene ſollen ohne Unterſchied des Geſchlechts das Teſtament als nichtig anfechten können, den letztern ſoll die prätoriſche B. P. c. T. ohne Unterſchied des Geſchlechts einerley Rechte geben. S. Finestres Praelect. Cervar. P. II. cap. 3. §. 8. Vinnius in Comm. ad §. 5. I. de exheredat. lib. Hofacker Diss. de exheredat. et praeterit. §. 24. Weſtphal von Teſtamenten §. 538. und Sartorius Diss. cit. de B. poss. Sect. II. §. 2.

32) Koch Bonor. poss. §. 8. S. 175.

33) Es beweiſet dieſes noch inſonderheit §. 4. *I. de bonor. poss.* Sed eas quidem (sc. Bon. possessiones) praetoria introduxit iuris-

nian hierdurch erweitert, und auch ſolchen Kindern gegeben wurde, welche vorher der Prätor dazu nicht gerufen hatte[34]). Jedoch gilt dieſes nur von emancipirten oder auch ſonſt sui iuris gewordenen leiblichen Kindern[35]), nicht von Adoptivkindern. Letzteren kommt die **B. P. c. T.** nicht zu, weil ſie durch die Emancipation die Familien- und Kindesrechte wieder verlieren, die ſie durch die Adoption erlangt hatten[36]). Jedoch iſt dieſes nur von der **B. P.** gegen das Teſtament ihres geweſenen Adoptivvaters zu verſtehen, denn gegen das Teſtament des leiblichen Vaters kommt dem emancipirten Adoptivkinde ſo gut die **B. P.** zu, als wenn es von ſeinem Vater ſelbſt emancipirt worden wäre[37]).

b) Sind

risdictio. A nobis tamen nihil incuriosum intermissum est, sed *nostris constitutionibus* omnia corrigentes, *contra tabulas*, quidem et secundum tabulas *bonorum possessiones* admisimus, utpote *necessarias constitutas*.

34) Denn die Töchter und Enkelinnen, welche der Vater oder väterliche Großvater inter caeteros enterbt hatte, waren vor Juſtinian von der B. P. c. T. ausgeſchloſſen, weil ſie rite enterbt waren, allein nun können ſie nach der *L.* 4. *C. de lib. pr.* die B. P. c. T. ſuchen, weil ſie ſo gut, wie Söhne namentlich enterbt werden müſſen. S. Sartorius Sect. II. §. 3. Kochs Bon. poss. §. 8. S. 128.

35) *L.* 1. §. 6. *D. de B. P. contra tab. L.* 1. §. 6. *D. Si tab. testam. nullae extab. L.* 4. *D. eod.*

36) §. 4. *I. de exher. lib.* §. 12. *I. de heridat. quae ab int. defer.*

37) §. 4. *I. tit. L.* 1. §. 6. *L.* 4. *D. Si tab. testam. nullae L.* 6. §. 4. *D. de bon. poss. contr. tab.* Sartorius cit. Diss. Sect. I. §. 2. pag. 28. seq.

b) Sind die Kinder förmlich aber ohne gerechten Grund enterbt, ſo haben ſie die querela inofficiosi testamenti. Dieſe fiel jedoch nach dem ältern Rechte alsdann weg, wenn dem enterbten Kinde ſoviel durch Vermächtniß oder Schenkung war hinterlaſſen worden, als der Pflichttheil deſſelben betrug [38]). Ohne Enterbung würde aber das Teſtament, des Vermächtniſſes ungeachtet, nichtig geweſen ſeyn [39]).

2) Sind Kinder erſt nach der Errichtung des Teſtaments geboren worden, oder ſind ſie durch Adoption oder durch eine vollkommene Legitimation, oder durch Eintreten in die Stelle eines sui heredis mit dem Teſtirer in eine ſolche Verbindung gekommen, vermöge welcher ſie hätten nothwendig eingeſetzt oder rite enterbt werden müſſen, welche man im allgemeinen Sinn *Postumi* [40]) nennt, obgleich im eigentlichen Verſtande mit dieſem Namen diejenigen Deſcendenten bezeichnet werden, welche erſt nach des Teſtirers Tode geboren worden ſind [41]); ſo kommt es darauf an, ob ſie präterirt, oder förmlich exheredirt ſind.

a) Sind

38) *L.* 8. §. 6. *et* 8. *D. h. t.*

39) Weſtphal von Teſtamenten §. 433. folg.

40) *Ios.* Finestres Diatr. de postumis et qui postumorum loco sunt, heredib. instit. vel exhered. in *Praelect. Cervar.* pag. 165. *Car. God.* Winckler Diss. de lege Junia Velleja. *Lipsiae* 1745. §. 5. Tilling Specim. de postumis heredibus instituendis vel exheredandis. *Lipsiae* 1790.

41) Ulp. *L.* 3. §. 1. *D. de iniusto rupto et irr. test.* ſagt: Postumos autem dicimus eos duntaxat, *qui post mortem parentis* nascuntur. Sed et hi, qui *post testamentum factum* in vita nascuntur, ita demum per *legem Vellejam* rumpere testamentum pro-

a) Sind ſie im Teſtament **übergangen**, ſo ſind die postumi entweder

aa) ſolche, welche, wenn ſie zur Zeit des errichteten Teſtaments ſchon da geweſen wären, oder wenigſtens beym Leben des Teſtirers wären geboren worden, in der väterlichen Gewalt des Teſtirers geweſen ſeyn würden. (*Postumi sui*)[42]. Dieſe rumpiren das Teſtament nach dem Civilrecht[43]), und zwar ohne Unterſchied des Geſchlechts[44]). Sie

prohibentur, si nominatim sint exheredati. Diejenigen welche noch beym Leben des Teſtirers, jedoch erſt nach der Errichtung ſeines Teſtaments, durch rechtmäßige Geburt, durch Adoption oder auf eine andere rechtliche Art mit demſelben in eine ſolche Verbindung kommen, daß ſie bey deſſen Tode sui heredes von ihm ſind, werden *Quasi postumi* genennt. *L.* 13. *D. de lib. et postum.* ſagt: *Postumorum loco* sunt et hi, qui in sui heredis, loco succedendo *quasi agnascendo* fiunt parentibus sui heredes. Von den verſchiedenen Arten der Postumorum, den *Vellejanis Aquillianis*, *Cornelianis* und *Julianis*, handeln Finestres cit. Diatr. Cap. I. §. 14. sqq. *Luc. van de* Poll de exheredat. et praet. Cap. 10 — 15. **Weſtphal** von Teſtamenten S. 330. ff.

42) Ulp. *Fragm.* Tit. XXII. §. 15. Postumi quoque liberi, id est, qui in utero sunt, si tales sunt, *ut nati in potestate nostra futuri sint*, suorum Heredum *numera* sunt. Eben ſo **Juſtinian** §. 2. *I. de hered. quae ab int.* postumi quoque, qui, *si vivo patre nati fuissent*, *in potestate eius futuri forent*, sui heredes sunt.

43) *L.* 3. §. 6. *D. de iniusto rupt. et irr. testam.* *L.* 3. *C. de postum. hered.* Schon zu **Cicero's** Zeiten rumpirten die Postumi das väterliche Teſtament, in welchem ſie waren präterirt worden, durch ihre Agnation, wie aus den Stellen *de Orat.* lib. I. c. 57. und Orat. pro *Caecinna* c. 25. erhellet. Der Grund war, weil man glaubte, der Teſtirer habe nicht an ſie gedacht

Sie können aber auch die B. P. contra tabulas ſuchen[45]). Es wird jedoch vorausgeſetzt,

1) daß ſie zur Zeit des Todes des Teſtirers ſchon müſſen concipirt geweſen ſeyn. Paulus ſagt[46]): Postumus natus quocunque tempore, *qui tamen testatoris morte conceptus iam erit*, potest agnoscere possessionem. Eben ſo Ulpian[47]) Dicendum erit, suos posse succedere,

gedacht. S. Sartorius cit. Diss. de bon. poss. quam c. T. parentum liberi agnoscunt. Sect. I. §. 1. not. r. pag. 17.

44) §. 1. *I. de exhered. lib.* Postumi quoque liberi vel heredes institui debent, vel exheredari. Et in eo par omnium conditio est, quod et filio postumo et quolibet ex caeteris liberis; *sive foeminini sexus sive masculini*, praeterito, valet quidem testamentum, sed postea *agnatione postumi* sive *postumae* rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. S. Tilling cit. Specim pag. 27. Es waren alſo die postumi mehr begünſtiget, als ſchon geborne Kinder, wie auch Cajus *Inst.* Lib. II. Tit. 3. §. 2. bemerkt, wo er ſagt: *Postumorum* duo genera sunt, quia *postumi* appellantur hi, qui post patris mortem de uxore nati fuerint, et illi, qui post testamentum factum nascuntur. Et ideo, nisi is, qui testamentum facit in ipso testamento comprehenderit: *Quicunque filius; aut filia mihi natus natave fuerit, heres mihi sit;* aut certe dicat, *exheres sit:* valere eius non potest testamentum: quia, sicut superius iam dictum est, legitime concepti pro natis habeantur. *Nisi quod melior conditio postumae, quam natae: quia nata, si praetermissa fuerit, non rumpit testamentum, postuma vero, sicut masculus, testamentum rumpit.* S. Weſtphal von Teſtamenten §. 46.

45) *L.* 1. §. 2. *et* 5. *D. de bonor. poss. contra tab.* *L.* 2. *Cod. eod* Sartorius cit. Diss. Sect. I. §. 2. pag. 31.

46) *L.* 10. *D. de ventre in possess. mitt.*

47) *L.* 1. §. 8. *D. de suis et legit. hered.*

cedere, *ſi modo mortis testatoris tempore*, vel in rebus humanis, vel *ſaltem concepti fuerint*. Dieſes iſt nun aus der Zeit der Geburt zu beurtheilen. Da nun nach 10 Monaten Niemand mehr als Kind zur Erbſchaft gelaſſen wird, ſo wird auch ein ſolcher postumus nicht zur Bon. possesſio admittirt[48]). Bey Enkeln iſt es vorzüglich nöthig, daß deren Conception bey Lebzeiten des Großvaters geſchehen ſey. Qui post mortem avi sui concipitur, ſagt Julian[49]), is neque legitimam hereditatem eius *tanquam ſuus heres*, neque bonorum possessionem tanquam *cognatus* accipere potest.

2) Es muß dem Poſtumus zur Zeit des Todes des Teſtirers kein näherer Deſcendent des Erblaſſers vorgehen. Sollen daher Enkel, die nach des Großvaters Tode geboren worden, das Teſtament deſſelben im Falle der Präterition rumpiren, ſo muß deren Vater ſchon vor dem Großvater verſtorben ſeyn, damit der Enkel des Teſtirers unmittelbarer Erbe wird. Denn hat derſelbe den Teſtirer überlebt, ſo iſt keine Ruption mehr denkbar, weil ein ſolcher Enkel nicht brauchte von dem Großvater enterbt zu werden, dem ſein Vater vorgieng.

Zwar wird der Enkel den Großvater ab intestato beerben, wenn deſſelben Vater während der Zeit ſtirbt, da der eingeſetzte Erbe deliberirt, wenn dieſer nachher die Erbſchaft ausſchlägt, allein nicht als postumus vermöge einer Ruption des Teſtaments, ſondern weil ihm nun, nachdem das Teſtament deſtituirt iſt, die Erbſchaft des Großvaters als

48) *L.* 3. §. 11. *D. de ſuis et legit. heredib.*

49) *L.* 6. *D. eodem.*

als nächſtem Erben deferirt wird; wie Ulpian[50]) lehrt, wenn er ſagt: Si quis, filio exheredato, nuru praegnante relicta, decesserit, et extraneum sub conditione instituerit; et pendente conditione post mortem patris vel deliberante herede instituto de adeunda hereditate, exheredatus filius decesserit, et nepos fuerit natus: an rumpat testamentum? et dicemus testamentum non rumpi: cum nec exheredari huiusmodi nepos deberet ab avo, quem pater praecedebat. Plane si forte institutus omiserit hereditatem, hunc avo suo futurum heredem ab intestato, non dubitatur. Utrumque propriis rationibus, nam *adgnascendo* quidem is rumpit, *quem nemo praecedebat* mortis tempore: ab intestato vero is succedit, cui, non ante eum alii, delata est hereditas. Non fuisse autem filio delatam hereditatem apparet, cum deliberante instituto decesserit[51]).

3) Es muß der präterirte postumus als ein lebensfähiges Kind zur Welt kommen. Denn da das Teſtament, worin ein postumus übergangen worden, nicht gleich von Anfang an ungültig iſt, ſondern erſt durch deſſelben Agnation rumpirt wird, ſo bleibt das Teſtament bey Kräften, wenn der gehoffte postumus entweder gar nicht, oder nicht als ein lebensfähiges Kind zur Welt kommt[52]).

Uebri-

50) *L.* 6. *pr. D. de iniusto rupto test.*

51) S. meine Erört. der Lehre von der Inteſtaterbfolge §. 95. S. 277.

52) §. 1. *I. de exheredat. liberor.* Weſtphal von Teſtamenten §. 461.

Uebrigens verdient noch der Unterſchied bemerkt zu werden, welcher ſtatt findet, je nachdem der postumus entweder noch bey Lebzeiten des Teſtirers oder erſt nach dem Tode deſſelben geboren worden iſt. Denn wenn in dem letztern Falle der postumus auch gleich wieder ſtirbt, ſo wird doch das einmal ungültig gewordene Teſtament weder nach dem Civilrecht noch nach dem prätoriſchen wieder gültig [53]); dahingegen in dem erſten Falle, wenn der postumus vor dem Teſtirer ſtirbt, der in dem Teſtament eingeſetzte Erbe, die **Bon.** possessio secundum tabulas erhalten kann [54]).

bb) Sind hingegen die postumi ſolche, welche, wenn ſie auch zur Zeit des Teſtaments ſchon dageweſen wären, doch keine sui heredes vom Teſtirer geweſen ſeyn würden, (*postumi alieni*) z. B. Enkel, die von einem ſchon vor dem Großvater verſtorbenen emancipirten Sohne, und zwar erſt nach der Emancipation gezeugt worden ſind [55]), ſo iſt bey dieſen eben das Rechtens, was von den ſchon gebornen emancipirten Kindern gilt, wenn ſie übergangen worden ſind. Sie können nämlich die *bonorum possessio contra tabulas*

53) *L.* 2. *Cod. de postum. hered. instit.*

54) *L.* 12. *D. de iniusto rupto test. L.* 8. §. 3. *D. de iure codicillor.* S. Malblanc Dig. Tom. III. §. 695. pag. 846.

55) §. 26. *I. de legat.* Est autem alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatori futurus non est, ideoque ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erat postumus avo. S. *Ios.* Finestres cit. Diatr. Cap. I. §. 12. *Iv.* Altamiranus ad lib. VI. Quaest. Scaevolae Tract. VI. ad L. 29. D. de lib. et postum. §. 6. (in *Thes. Meermann.* Tom. II. p. 452.) und *Casp.* Schifordegher ad Ant. *Fabrum* Lib. III. Tract. 16. Qu. 2. seqq.

bulas ſuchen[56]), welche der Prätor auch ſchon vor ihrer Geburt dem ventri giebt[57]). Wenn endlich

b) **Postumi** von dem Teſtirer förmlich enterbt worden ſind, ſo können ſie blos, wie ſchon geborne Kinder, in ſolchem Falle das Teſtament durch die **querelam inoff. testamenti** anfechten, inſofern die Enterbung auf eine ungerechte Art geſchehen iſt[58]). In Abſicht auf die Form der Enterbung fand auch hier vor Juſtinian ein Unterſchied zwiſchen **postumis** männlichen und weiblichen Geſchlechts ſtatt, indem nur erſtere namentlich, letztere aber auch **inter caeteros** enterbt werden konnten; nur mußte bey der Enterbung **inter caeteros** den enterbten **postumae** ein Vermächtniß hinterlaſſen werden, weil ſie ſonſt für präterirt gehalten, und das Teſtament durch deren Agnation rumpirt wurde[59]). Allein Juſtinian hat auch dieſen Unterſchied aufgehoben, und verordnet, daß die Enterbung bei den **postumis** weiblichen Geſchlechts eben ſo wie bey den männlichen **postumis** namentlich geſchehen ſollte, ſo wie er ſolches auch bey ſchon gebornen Kindern verordnet hatte[60]).

Aus

56) *L.* 1. §. 2. *L.* 3. *pr. D. de bon. poss. contr. tab.*

57) *L.* 1. §. 11. *L.* 7. *pr. L.* 10. *D. de ventre in poss. mitt.*

58) §. 2. *I. de inoff. test. L.* 6. *pr. D. eodem.*

59) §. 1. *I. de exheredat. lib.* Sed *feminini* quidem *sexus* personae vel nominatim vel inter ceteros exheredari solebant: dum tamen, si *inter ceteros* exheredarentur, aliquid eis *legaretur*, ne viderentur praeteritae esse per oblivionem. *Masculos* vero *postumos*, id est filios et deinceps placuit non aliter recte exheredari, nisi nominatim exheredarentur.

60) *L.* 4. *in fin. Cod. de lib. praeterit.* Sed quia et aliud vitium fuerat sub obtentu differentiae introductum, et alia iura exhereda-

Aus allem dieſen ergiebt ſich nun alſo ſoviel, daß die Ausſchließung der Deſcendenten in dem Teſtament eines väterlichen Aſcendenten eine vierfache Wirkung nach dem Unterſchied der angegebenen Fälle haben könne, indem das Teſtament entweder als gleich von Anfang nichtig, oder als *ruptum*, oder als *inofficiosum*, oder mit der *bonorum possessione contra tabulas* angefochten werden kann. Es erhellet ferner hieraus, daß die Präterition der Deſcendenten in dem Teſtament eines väterlichen Aſcendenten nicht die Wirkung der Exheredation hat, ſondern daß hier die Enterbung namentlich und förmlich geſchehen müſſe, wenn das Teſtament zu Recht beſtehen ſoll [61]). Der Unterſchied der angegebenen Rechtsmittel beſteht nun darin.

1) Die

redationis in postumis, alia in iam natis observabantur: cum necesse fuerat, postumum inter ceteros exheredatum etiam legato honorari, filium autem iam progenitum etiam sine datione legati: et hoc brevissimo incremento verborum ad plenissimam definitionem deduximus, sancientes, *eadem iura obtinere et in postumis exheredandis, sive masculini sive feminini sexus sint*, quae in *filius* et *filiabus* iam statuimus, *ut etiam ipsi vel ipsae nominatim exheredentur*, *id est*, *postumi* vel *postumae facta mentione.*

61) Nur eine Ausnahme findet in dem Falle ſtatt, wenn ein Soldat zur Zeit der Expedition ein Teſtament macht, und ſeine Kinder wiſſentlich übergeht; hier gilt die Präterition als eine Enterbung. §. 6. *I. de exheredat. lib.* Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, et liberos suos iam natos, vel postumos nominatim non exheredaverit, sed silentio praeterierit, non ignorans, an habeat liberos: *silentium eius pro exheredatione nominatim facta valere*, constitutionibus Principum cautum est.

1) Die *Querela nullitatis* wirft das ganze Teſtament um. Es fallen daher auch die Vermächtniſſe weg [62]). Dieſe Klage geht ohne Präparation auf die Erben über, und dauert 30 Jahre [63]).

2) Wird das Teſtament rumpirt, ſo geht es ebenfalls mit allen ſeinen Verordnungen zu Grunde [64]).

3) Wird das Teſtament mit der *Querela inofficiosi T.* angefochten, ſo gründete ſich der Kläger

a) auf die Fiction, als ob der Erblaſſer nicht recht bey Verſtande geweſen ſey [65]).

b) Die Kinder können durch dieſe Klage nur den Theil der Erbſchaft fordern, den ſie bekommen hätten, wenn der Vater ohne Teſtament verſtorben wäre, es mag entweder das eine Kind eingeſetzt und das andere enterbt, oder ſie mögen alle enterbt, und ein Fremder inſtituirt ſeyn, inſofern nicht etwa in dem letztern Falle das mitenterbte Kind ſich ſeines Klagerechts begeben, oder ſolches durch die Verjährung verloren, oder den Prozeß liegen gelaſſen haben ſollte. Denn nun accreſcirt deſſelben Portion den Kindern, welche geklagt, und den Prozeß gewonnen haben [66]).

Daher

62) L. 7. L. 30. *D. de lib. et postum.* L. 17. *D. de iniusto rupto et irr. testam.*

63) L. 3. *C. de praescr.* 30. *vel.* 40. *annor.*

64) L. 16. *D. de lib. et postum.* L. 1. *C. de postum. hered. instit.*

65) L. 2. *D. h. t.* Hoc colore de inofficioso testamento agitur, *quasi non sanae mentis fuerunt,* ut testamentum ordinarent.

66) L. 8. §. 8. *D. h. t.* Sumus duo filii exheredati, et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. L. 17. *pr. D. eodem.* Qui repudiantis animo non venit

ad

Daher wird durch die Querel das Teſtament oft nur zum Theil reſcindirt. Der Sohn konnte auch gegen den einen Teſtamentserben gewinnen, gegen den andern den Prozeß verlieren. Hier darf er nur zu ſeinem Antheile die Schulden des Erblaſſers bezahlen[67]). Auf jeden Fall bleibt auch die Pupillar-Subſtitution gültig, wenn das Teſtament nur zum Theil reſcindirt wird[68]). Wenn aber der Enterbte der einzige Inteſtaterbe war, ſo wurde das Teſtament nach dem ältern Rechte ganz umgeworfen, und nun

ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eandem querelam movere volunt. Unde si de inoff. testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret: quia, rescisso testamento, alter quoque ad successionem ab intestato vocatur et ideo universam hereditatem non recte vindicasset; hic, si obtinuerit, uteretur rei iudicatae auctoritate, quasi Centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint. *L.* 23. §. 2. *D. h. t.* Si duo sint filii exheredati, et ambo de inoff. testamento egerunt, et unus postea constituit non agere, *pars eius alteri adcrescit.* Man vergleiche über dieſe Stellen vorzüglich *Desid.* HERALDUS de rerum iudicatarum Auctoritate lib. II. cap. 14. §. 5. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 1226.). und *Car. Fried.* ZEPERNICK ad *Siccamam* de iudicio centumvir. lib. II. cap. 6. not. i. pag. 154.

67) *L.* 15. §. 2. *D. h. t.* Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus, diversas sententias iudicum tulit, et unum vicit, ab altero superatus est: et debitores convenire, et ipse a creditoribus conveniri *pro parte* potest. Die Urſachen von dieſer Verſchiedenheit der Erkenntniſſe in der nämlichen Streitſache unterſucht ſehr gelehrt Herr Direct. ZEPERNICK ad *Siccamam* lib. II. cap. 7. not. f. p. 162.

68) *L.* 8. §. 5. *D. h. t.* Si pro parte patris testamentum rescissum est, — pupillare valet.

nun galt nichts mehr, was in dem Teſtament auch außer der Erbeneinſetzung angeordnet war[69]), ſelbſt wenn die Codicillar-Clauſel hinzugefügt ſeyn ſollte[70]). Nur dann blieben alle Vermächtniſſe ſtehen, wenn gegen den Beklagten in contumaciam erkannt worden[71]). So wurde alſo der Erblaſſer durch die gegen ſein Teſtament angeſtellte Querel intestatus, bald ganz, bald nur pro parte. Nec absurdum videtur, ſagt hier Papinian[72]), *pro parte intestatum videri.*

c) War keine Enterbungsurſache angeführt, ſo mußte das enterbte Kind ſeine gute Aufführung gegen den Teſtirer beweiſen, wenn nicht der Erbe durch Gegenbeweis dem Kläger die Mühe erſparen wollte[73]).

d) Die

69) L. 28. *D. h. t.* Cum *inofficiosum* testamentum arguitur, *nihil ex eo testamento valet.*

70) L. 13. *D. eodem.* — L. 36. *D. de legatis in III.* Nec fideicommissa *ab intestato* data debentur ab eo, cuius de inofficioso testamento constitisset: quia crederetur *quasi furiosus* testamentum facere non potuisse, ideo *nec aliud quid pertinens ad suprema eius iudicia valet.*

71) L. 17. §. 1. *D. h. t.* L. 14. *D. de appellat. Io. Ortw.* Westenberg Div. Marcus. Diss. XX.

72) *L.* 15. §. 2. *D. h. t.*

73) *L.* 5. *D. h. t. L.* 28. *C. de inoff. testam.* Liberi, de inofficioso querelam contra testamentum parentum moventes, probationem debent praestare: quod obsequium debitum iugiter; *prout ipsius naturae religio flagitabat*, *parentibus adhibuerint;* nisi scripti heredes ostendere maluerint, *ingratos liberos contra parentes extitisse.* Add. Quinctiliani *Institut. Orat.* lib. VII. cap. 4. Zepernick ad *Siccamam* de iudicio centumvir. lib. II. c. 6. not. g. pag. 152. und Hofacker Histor. iur. civ. de exheredat. et praeterit. §. 13.

d) Die Querela in off. T. iſt auf einen fünfjährigen Zeitraum beſchränkt[74]), und geht

e) auf die Erben nur alsdann über, wenn ſie präparirt, d. i. wenn ſie angeſtellt, oder mit Anſtellung derſelben gedrohet iſt, oder das emancipirte Kind die bonorum possessio litis ordinandae gratia agnoſcirt hatte[75]). Nur dann, wenn der enterbte Sohn während der Deliberation des eingeſetzten Erben ſtirbt, wird die Querel auf deſſelben Deſcendenten auch ohne Präparation transmittirt[76]).

f) Verliert der Querulant den Prozeß, und er hat für ſich oder freywillig für einen andern geklagt, es geſchahe auch die Abweiſung wirklich, und nicht in contumaciam, auch noch bey Lebzeiten des Klägers, ſo macht er ſich auch des Vermächtniſſes verluſtig, was ihm im Teſtament hinterlaſſen iſt[77]). Dieſe Strafe hat der nicht zu befürchten, der blos die Gültigkeit des Teſtaments mit der Querela nullitatis in Anſpruch nimmt[78]). Endlich

g) wird noch, wenn die Klage mit Wirkung ſoll angeſtellt werden können, erfordert, daß der Erbe die Erbſchaft angetreten habe[79]).

4) Wird

74) *L.* 8. §. *ult.* *L.* 9. *D. h. t.* *L.* 16. *L.* 34. *in fin.* *L.* 36. §. 2. *C. h. t.*

75) *L.* 6. §. 2. *L.* 7. *D. h. t.* *L.* 5. *C. eod.*

76) *L.* 34. *C. h. t.*

77) *L.* 8. §. 14. *D. h. t.* *L.* 30. §. 1. *D. eod.* §. 5. *I. eod.* *L.* 22. *D. de his, quae ut indign. de* Retes Advers. de inoff. test. cap. 24. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. p. 541.)

78) *L.* 5. §. 1. *L.* 25. *D. de his, quae ut indign.*

79) *L.* 8. §. 10. *D. h. t.*

4) Wird das väterliche Teſtament von präterirten Kindern mit der **Bonorum possessio contra tabulas** angefochten, ſo wird dadurch das Teſtament zwar reſcindirt, und die Inteſtaterbfolge tritt ein [80]). Iſt jedoch ein anderes Kind in dem Teſtament zum Erben eingeſetzt, und dieſes hat die väterliche Erbſchaft angenommen, ſo bleibt das Teſtament in Anſehung des eingeſetzten Kindes gültig, dieſes muß ſich nun mit ſeinem Erbtheil begnügen, welchen daſſelbe aus dem väterlichen Teſtament erhalten hat, und auch die Legata auszahlen [81]). Eben dies gilt auch, wenn ein anderes Kind noch in dem Teſtament enterbt iſt. Dieſem kommt die **B. P. c. T.** welche das präterirte Kind erhalten hat, nicht zu ſtatten, ſondern es muß noch inſonderheit die **querela inoff. T.** anſtellen, um das Teſtament auch in Rückſicht ſeiner zu entkräften [82]). Auf jeden Fall bleibt auch die Pupillar-Subſtitution bey Kräften, wenn gleich das Teſtament durch die **B. P. c. T.** reſcindirt wird [83]). Es muß nur nicht der Kläger ſelbſt der Pupillar-Subſtitut ſeyn,

80) *L.* 1. *pr. D. de legat. praest. L.* 17. *C. de collat. L.* 4. *C. de lib. praet.*

81) *L.* 14. *pr. D. de bon. poss. contra tab.* Hätte ſich das eingeſetzte Kind noch nicht in die väterliche Erbſchaft immiſcirt, ſo kann es ſelbſt die B. P. c. T. ſuchen, und hierdurch ſeinen Inteſtaterbtheil mit dem präterirten Kinde erhalten. *L.* 8. §. 14. *D. eodem.* Sartorius in Diss. de bon. poss. quam contra tab. parentum liberi agnosc. Sect. I. §. 3. pag. 63. seq.

82) *L.* 10. §. 5. *L.* 20. *pr. D. de Bon. poss. c. T.*

83) *L.* 34. §. *ult. L.* 35. *D. de vulg. et pup. subst. L.* 103. §. 2. *et* 3. *D. de legat. III.* Sartorius cit. Diss. Sect. I. §. 6. pag. 71.

ſeyn, ſonſt geht die Pupillar-Subſtitution zu Grunde[84]). Endlich müſſen auch bey der **B. P. c. T.** gewiſſe Vermächtniſſe präſtirt werden, nämlich die, welche den Kindern, Eltern, oder der Frau oder der Schwiegertochter des Teſtirers hinterlaſſen worden ſind[85]). Alſo nicht alle, wie bey der **Querela inofficiosi.** Es werden dieſe Legata auch nur von einem emancipirten Kinde präſtirt. Denn hat ein **filius suus praeteritus** die **B. P. c. T.** erhalten, ſo fallen auch die Vermächtniſſe weg, weil dieſer die väterliche Erbſchaft wegen der Nichtigkeit des Teſtaments, auch ohne die **B. P. ab intestato** erhalten haben würde[86]). Endlich unterſcheidet ſich die **B. P. c. T.** noch darin von allen andern Rechtsmitteln, daß ſie binnen einem Jahre geſucht werden muß, welches von dem Tage zu laufen anfängt, da der Notherbe Wiſſenſchaft von dem Tode des Erblaſſers erhalten hat[87]), wenn gleich der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft noch nicht angetreten hat*).

Wenn hingegen

II) Kinder von der Mutter oder andern mütterlichen Aſcendenten ausgeſchloſſen worden ſind, ſo iſt kein Unterſchied, ob ſie enterbt oder präterirt worden ſind, weil einer Mutter in dem ältern Recht keine Form vorgeſchrieben iſt, wenn ſie ihre Kinder im Teſtament

84) *L.* 22. *D. de vulg. et pup. substit.*

85) *L.* 1. *pr. et* §. 1. *seq. L.* 3. §. 1. *L.* 5. §. 2. *L.* 15. §. 3. *D. de legat. praest. de* Retes Advers. ad Tit. Dig. de legatis praestandis cap. 8. (in *Thes. Meermann.* T. VI. pag. 506. seq.)

86) L. 15. *pr.* L. 16. *D. de legat. praest. de* Retes c. l. c. 9. et 10. Sartorius cit. Diss. Sect. I. §. 6. pag. 69. seq.

87) §. 4. *et* 6. *I. de Bon. poss.*

*) L. 4. *pr.* L. 19. *D. de B. P. c. Tab.*

ment ausſchließen will, daher die Präterition der Kinder in dem Teſtament der Mutter, ſo wie der übrigen mütterlichen Aſcendenten immer die Wirkung der Exheredation hat. Juſtinian[88]) ſagt dieſes ausdrücklich: **Mater vel avus maternus necesse non habent, liberos suos aut heredes instituere, aut exheredare: sed possunt eos silentio omittere.** ***Nam silentium matris, aut avi materni et caeterorum per matrem ascendentium tantum facit, quantum exheredatio patris.*** Der Grund dieſes Unterſchiedes iſt, weil eine Mutter keine **suos heredes** hat, mithin können auch Enkel ebenſo wenig die **iura suorum heredum** in Anſehung ihrer mütterlichen Großeltern haben[89]). Eine ungerechte Ueber=

88) §. 7. *de exheredat. liberor.*

89) Eben deswegen ſuccedirten auch die Kinder nach den Geſetzen der 12 Tafeln der Mutter nicht ab intestato, wie Ulpian Tit. 26. *Fragm.* §. 7. ſagt, obwohl dieſes auch mit ſeinen Grund darin gehabt haben kann, weil eine Mutter durch die Convention in manum mariti gehindert war, ein eigenes Vermögen zu erwerben und zu hinterlaſſen. S. Hugo Comm. de fundamento successionis ab int. ex iure Rom. antiquo et novo. *Goett.* 1785. §. 18. p. 20. Dieſer Grund hörte aber freylich in der Folge auf, als die conventio in manum mariti außer Gebrauch kam. Daher erhielten die Kinder durch das SCtum Orphitianum ein geſetzliches Erbrecht in dem Vermögen ihrer Mutter. *Pr. I. de SCto Orphit.* Man findet indeſſen ſchon vor dem Orphitianiſchen Senatusconſultum Beyſpiele bey Valerius Max. lib. VII. cap. 7. Ex. 4. cap. 8. Ex. 2. und Plinius *Lib. V. Epist.* 1. daß die Centumviralrichter gegen mütterliche Teſtamente die querela inofficiosi zugelaſſen haben. Man darf ſich aber darüber nicht wundern, weil ihnen der Prätor durch die Bon. possessio *unde cognati* den Weg dazu gebahnt hatte. *Princ. I. de SCto Tertull.* Schrader Comment. de nexu successionis ab int. et querelae inoff. testam. §. 9.

Nach=

Uebergehung oder Enterbung kann hier alſo von dem Kinde immer nur als unbillig durch die **querela inofficiosi testamenti** angefochten werden[90]). Und wenn auch die Mutter nach der Errichtung ihres Teſtaments noch Kinder gebiert, ſo wird doch dadurch ihr Teſtament nicht rumpirt, ſondern es kann nur als **inofficiosum** angefochten werden[91]). Nur der Fall wird ausgenommen, wenn die Mutter vom Tode übereilt wurde, um nach der Geburt des Kindes ihr Teſtament ändern zu können[92]). Hier kommt es darauf an, ob ſie blos ihre Kinder zu Erben eingeſetzt hat, oder fremde Perſonen. Im erſten Falle ſoll die **querela inofficiosi** wegfallen, und ***per coniecturam maternae pietatis*** angenommen werden, als ob ſie ihre ſämmtlichen Kinder, und alſo auch das nachgeborne, inſtituirt hätte. Das Te-

ſtament

Nachher nahmen ſich auch die Kaiſer Valentinian, Theodoſius und Arcadius der Tochterkinder an, und gaben ihnen ein Succeſſionsrecht in den Gütern ihrer mütterlichen Großeltern. §. 1. *I. de SCto Orphit.* *L.* 9. *Cod. de suis et legit. lib.* Haubold Diss. de different. inter testam. nullum et inofficios. Cap. VII. pag. 24.

90) *L.* 19. *L.* 27. §. 4. *D. de inoff. test.* *L.* 15. *Cod. eodem.*

91) *L.* 6. *pr. D. h. t.* Höpfners Commentar. §. 517. Not. 1.

92) L. 3. *C. h. t.* Si mater filiis duobus heredibus institutis, tertio post testamentum suscepto, cum mutare idem testamentum potuisset, hoc facere neglexisset, merito, utpote non iustis rationibus neglectus, de inofficioso querelam instituere poterit. Sed cum eam in puerperio vita decessisse proponas: repentini casus iniquitas *per coniecturam maternae pietatis* emandanda est. Quare filio tuo, cui nihil, praeter maternum fatum imputari potest, *perinde virilem portionem tribuendam censemus, ac si omnes filios heredes instituisset.* Sin autem heredes scripti *extranei* erunt, tunc *de inofficioso testamento actionem* instituere non prohibetur.

ſtament bleibt alſo gültig, und auch die Legata bleiben bey Kräften[93]. Wenn hingegen Fremde zu Erben ernannt ſind, ſo kann das nachgeborne und im Teſtament übergangene Kind die Inofficioſitätsklage anſtellen.

Die Bonorum possessio contra tabulas hingegen findet gegen das Teſtament eines mütterlichen Aſcendenten nie ſtatt[94]. Denn da Frauensperſonen keine suos heredes haben, ſo können ſie auch nicht aufhören, ſolche wegen einer Capitisdeminution zu haben[95]. Es iſt daher ein unverzeihlicher Irrthum, wenn unſer Verfaſſer §. 1605. dennoch behauptet, daß liberi a matre praeteriti die B. P. contra tabulas hätten verlangen können[96]. Die Wirkungen der Querel gegen das mütterliche Teſtament, ſind übrigens die nämlichen, wie die gegen das väterliche Teſtament

93) *Ant.* Faber Conjectur. jur. civ. Lib. IX. cap. 15. Weſtphal von Teſtamenten §. 575. u. 576. Book Lehre von der Enterbung §. 22. S. 69. folg.

94) *L.* 4. §. 2. *D. de bon. poss. c. T.* Ad testamenta foeminarum Edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinet: quia suos heredes non habent; und Juſtinian ſagt es auch deutlich im §. 7. *I. de exheredat. lib.* wo es heißt: Neque enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, si eum eamve heredem non instituat, exheredare necesse est: sive de iure civili quaeramus, sive de Edicto Praetoris, quo Praetor praeteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem promittit. Sed aliud eis adminiculum servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet. (sc. *querela inoff. testamenti.*) S. Weſtphal von Teſtamenten §. 534.

95) *L.* 13. *D. de suis et legit. hered.*

96) Man ſehe dagegen Sartorii Diss. aleg. Sect. I. §. 3. p. 37. und Koch Bonorum possessio §. 8. S. 110. u. folg.

ment[97]). Nur in dem Falle, da die Mutter geglaubt hat, das Kind, welches ſie übergangen, ſey ſchon geſtorben, ſollen nach einem Decret des Kaiſ. Hadrian die Legate gültig bleiben[98]).

B) Sind

97) *L.* 19. *L.* 28. *D. h.* t.

98) *L.* 28. *D. h. t.* Cum mater militem filium falso audisset decessisse, et testamento heredes alios instituisset; *Divus* Hadrianus decrevit hereditatem ad filium pertinere, ita ut libertates, et legata praestentur. Hic illud adnotatum, quod de libertatibus et legatis adiicitur. Nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet. Einige Rechtsgelehrten glauben, daß in dieſem Geſetz nicht von der Inofficioſitätsklage die Rede ſey, ſondern nehmen eine eigene actio rescissoria ex decreto Hadriani an, welche ſich auf den ſtillſchweigenden Willen der Mutter gründe, und wodurch nur die Erbeneinſetzung aufgehoben werde, als *Iul.* Pacius *Εναντιοφαν*, Centur. III. Qu. 35. *Ger.* Noodt in Comm. ad Dig. h. Tit. pag. 167. *Pet. de* Greve Exercitat. ad Pandect. loca diffic. Exercit. VII. §. 21. pag. 187. *Osius* Aurelius de variant. *Cujacii* interpretat. Dispunct. XI. (in *Ev.* Otton *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 722.) und *Luc. van de* Poll de exheredat. et praeterit. cap. 30. §. 17. Noch andere meinen, durch die Klage, welche das präterirte Kind in dem bemerkten Falle anſtellen konnte, ſey das Teſtament der Mutter gar nicht reſcindirt, ſondern ſo angeſehen worden, als wenn das Kind inſtituirt worden wäre. Daraus laſſe ſich erklären, warum die Legaten hätten präſtirt werden müſſen, als *Iac.* Constantinaeus Subtil. Enodation. lib. II. cap. 13. (in *Ev.* Otton. *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 578. seq.) Allein alle dieſe Erklärungen ſtreiten gegen den Zuſammenhang jener Stelle. Daß die querela inofficiosi in dem bemerkten Falle gegen das Teſtament der Mutter Statt hatte, erhellet aus *L.* 27. §. *ult. D. h. t.* Daß auch von dieſer Klage in der *L.* 28. *cit.* die Rede ſey, ſetzen die Schlußworte auſſer Zweifel. Nur das fand freylich Paulus bemerkenswerth

B) Sind Aſcendenten in dem Teſtament ihrer Kinder ausgeſchloſſen worden, die ihnen den Pflichttheil zu hinterlaſſen ſchuldig waren, ſo hat auch hier die Präterition gleiche Wirkung mit der Exheredation, weil die Kinder gegen die Eltern nach dem ältern Rechte keine gewiſſe Form zu beobachten hatten. Die Ausſchließung eines Aſcendenten giebt alſo hier nur der Inofficioſitätsklage Raum, wenn ſie ohne rechtmäßige Urſache geſchehen iſt[99]); und zwar liegt hier dem eingeſetzten Erben der Beweis ob, daß die Enterbung aus gerechter Urſache geſchehen ſey[100]). Doch konnte der Vater, als Patron ſeines emancipirten Sohns, **bonorum possessionem contra tabulas** bis auf den Pflichttheil erhalten, oder ſo weit der Sohn ihm eine ſchändliche Perſon vorgezogen hat[1]).

End=

werth, daß nach dem Decret des K. Hadrian die Legate gültig bleiben ſollten, vermuthlich weil man hier die Mutter keines Wahnſinnes beſchuldigen konnte, welche nicht aus Haß, ſondern weil ſie ihren Sohn für todt hielt, demſelben einen andern Erben vorgezogen hatte. S. *Renat.* Bottereau in Hadriano legislatore ad A. U. C. 890. nr. 2. (in Hofmanni *Histor. iur. Rom.* Tom. II. pag. 205.) Pothier Pandect. Iustinian. T. I. h. t. nr. XXXVII. not. a. Weſtphal von Teſtamenten §. 578. Zepernick ad *Siccamam* de iudicio centumvir. lib. II. cap. 6. not. h. et in Diatr. de rerum perpetuo similiter a Centumviris iudicatar. auctoritate §. 20.

99) L. 17. *C. de inoff. testam.* Cum filium tuum, te praeterita, sororem heredem instituisse proponas: inofficiosi querelam apud Praesidem provinciae persequi potes.

100) L. 28. *C. h. t.*

1) L. 16. §. 1. *D. h. t.* L. 1. §. *ult.* L. 3. *D. Si quis a parente manumiss.*

Endlich wenn

III) Geſchwiſter ausgeſchloſſen worden ſind, ſo kann ein ſolches Teſtament in dem Falle, da ihnen eine ſchändliche Perſon iſt vorgezogen worden, immer nur als lieblos angefochten werden, und den enterbten oder übergangenen Geſchwiſtern ſteht hier kein anderes Rechtsmittel, als die **querela inoff. testamenti**, gegen die ihnen vorgezogene ſchändliche Perſon zu [2]). Haben ſie jedoch, es ſey, unter welchem Titel es wolle, von dem Vermögen des Erblaſſers Etwas bekommen, ſo können ſie das Teſtament nicht als pflichtwidrig anfechten, ſondern nur höchſtens auf die Ergänzung des Pflichttheils klagen [3]). Und ſelbſt in dem Falle, da ſie ganz zurückgeſetzt worden ſind, muß man doch noch unterſcheiden, ob ſie durch ſchlechtes Betragen gegen den Erblaſſer, welches denn freylich blos der Beurtheilung des Richters überlaſſen werden muß, dieſe gänzliche Zurückſetzung verdient haben, oder nicht. Denn nur in dem letztern Falle iſt das Teſtament als pflichtwidrig anzuſehen, und kann mittelſt der **querela inofficiosi testam.** gegen die ehrloſe oder verächtliche Perſon, welche zum Erben eingeſetzt worden, angefochten werden. Es erhellet hieraus, daß die Thatumſtände, welche die ausgeſchloſſenen Geſchwiſter in den Stand ſetzen, ein Teſtament als lieblos anzufechten, von doppelter Art ſind. Sie betreffen nämlich theils ihr eigenes Betragen gegen den Erblaſſer, theils die Beſchaffenheit der Perſon des eingeſetzten Erben. Gründet ſich der Kläger darin, er habe die Zurückſetzung nicht verdient, ſo muß

2) *L.* 1. *L.* 21. u. *L.* 27. *C. de inoff. testam.*

3) §. 3. *et* 6. *I. h. t.* *L.* 30. *C. eod.*

muß der Kläger dieſen Klagegrund beweiſen [4]), ſo wie ihm der Beweis obliegt, daß der Beklagte eine ſchändliche Perſon ſey [5]). Nur wenn eine Urſache der Ausſchließung angeführt iſt, muß der Beklagte deren Wahrheit erweiſen [6]). Uebrigens hebt die Querel der Geſchwiſter in der Regel das Teſtament ganz auf, und es können daher ſogar die ſchon ausgezahlten Legate zurückgefordert werden [7]). Wäre jedoch außer der eingeſetzten **turpis persona** noch ein anderer anſtändiger Erbe ernennt worden, ſo bleibt das Teſtament in Anſehung deſſelben gültig, und die präterirten Geſchwiſter können nur den Antheil fordern, welcher dem **heredi turpi** vom Teſtirer zugedacht war, welches denn freylich hier, wie Ulpian [8]) ganz richtig bemerkt, die beſondere, aber bey der Querel nicht ungewöhnliche Folge hat, daß nun der Teſtirer **pro parte testatus** und **pro parte intestatus** verſtorben zu ſeyn ſcheint.

Es entſteht nun die Frage, was in Anſehung dieſes ältern Rechts durch die Nov. 115. und 118. geändert worden ſey. Hier iſt

1) ſo-

4) *L.* 3. *D. h. t. L.* 5. §. 1. *D. eodem.* Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. S. 266. Nr. 26. a. E. Book Lehre von der Enterbung 1. Hauptſt. §. 15.

5) Hofacker Princ. iur. civ. T. II. §. 1694. in fin. Madihn Princ. I. R. de Success. §. 264.

6) Hofacker histor. iur. civ. de praeterit. et exheredat. §. 13. et 31.

7) *L.* 8. §. 16. *D. h. t.*

8) *L.* 24. *D. eod.*

1) ſoviel gewiß, daß in Anſehung der Geſchwiſter durch die Nov. 115 nichts geändert worden iſt [9]). Allein

2) in Anſehung der Kinder und Eltern enthält die Novelle 115. Kap. 3. und 4. folgende wichtige Aenderungen. Nämlich

I) Kinder und Eltern ohne Unterſchied des Grades und Geſchlechts ſollen anders nicht enterbt oder übergangen werden dürfen, als wenn eine im Geſetz beſtimmte Urſache namentlich angeführt worden, deren Wahrheit der eingeſetzte Erbe zu beweiſen im Stande iſt. Iſt dieſes nicht beobachtet worden, ſo kann das Teſtament angefochten werden, wenn auch gleich dem enterbten oder übergangenen Kinde oder Aſcendenten der ihm gebührende Pflichttheil durch irgend eine Schenkung oder Vermächtniß oder Fideicommiß oder auf irgend eine andere Art wäre zugewendet worden. Die Worte ſelbſt lauten nach Hombergks Verſion folgendermaßen:

Kap. 3. Sancimus igitur, ne *ullo modo* patri aut matri, avo aut aviae, proavo aut proaviae filium suum aut filiam, aut reliquos liberos in testamento suo *praeterire* vel *exheredare* liceat, etsi quacunque donatione vel legato vel fideicommisso vel alio quocunque modo partem legibus illis debitam dederint, *nisi forte ingrati probentur, et parentes ipsas ingratitudinis causas nominatim in testamento suo scripserint.*

X 2 Kap.

9) Hofacker Hist. iur. civ. de exheredat. et praeterit. §. 31. Malblanc Dig. T. III. §. 698. Thibaut System des P. R. Tom. II. §. 819. beſonders Book Lehre von der Enterbung 1. Hauptſtück S. 24. folg.

Kap. 4. heißt es eben ſo: **Sancimus igitur, ne liberis parentes suos *praeterire*, vel eos quocunque modo a repus suis, in quibus potestatem testandi habent, *plane excludere liceat*, nisi *causas*, *quas enumerabimus, in testamentis suis specialiter scripserint*.**

Es ſoll jedoch,

II) wenn die Vorſchrift dieſes Geſetzes nicht beobachtet worden iſt, nur die Erbeneinſetzung aufgehoben werden, und die Inteſtaterbfolge eintreten. Alles andere aber, was in dem Teſtament noch ſonſt an Vermächtniſſen, Fideicommiſſen, Freyheiten, Vormundſchaften und dergleichen iſt angeordnet worden, alſo auch die Pupillarſubſtitution [10]), ſoll

10) Anderer Meinung iſt zwar Madihn in Princip. iur. Rom. de successionib. §. 159. p. 200. Er geht von dem Grundſatz aus, daß durch die Nov. 115. Kap. 3. und 4. das inofficiöſe Teſtament gleichſam in einen Inteſtat-Codicill verwandelt werde. Es können alſo zwar Vermächtniſſe, Fideicommiſſe und Manumiſſionen, aber keine Pupillar-Subſtitution beſtehen, als welche in keinem Codicill angeordnet werden könne. Allein Madihn geht hier von einem ganz unrichtigen Grundſatz aus. Juſtinian ſagt keineswegs, daß das Teſtament, welches wegen einer ungerechten Enterbung oder Präterition umgeſtoßen worden, in Anſehung der Vermächtniße und übrigen außer der Erbeinſetzung darin enthaltenen Verordnungen als ein Inteſtat-Codicill gelten ſolle, ſondern, er ſagt vielmehr, daß in Anſehung dieſer übrigen Verfügungen des Erblaſſers das Teſtament deſſelben als nicht reſcindirt angeſehen werden ſolle. Es heißt am Ende des 3. Kap. der Nov. 115. ausdrücklich: et tanquam in hoc *non rescissum* obtineat *testamentum*, oder wie es Hombergk überſetzt hat, *quasi pro ea parte testamentum non eversum valeat*. Hierzu kommt, daß Juſtinian ausdrücklich verordnet, es ſolle nur die

ſoll gültig bleiben, und hierin der Wille des Erblaſſers erfüllet werden, nicht anders als ob das Teſtament in ſo weit nicht reſcindirt worden wäre. Dieſer zweyte Theil des Geſetzes lautet nach der Hombergkiſchen Ueberſetzung ſo:

Kap. 3. **Si vero haec non observentur, liberis exheredatis nullum praeiudicium fiat, *sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento infirmato, ad hereditatem parentum liberi ab intestato aequis partibus veniant:* ne liberi fictis accusationibus condemnentur vel circumscriptionem quandam in bonis parentum sustineant. *Si tamen contingat, ut in eiusmodi testamentis legata quaedam vel fideicommissa vel libertates relinquantur, vel tutores dentur, vel alia quaecunque capita legibus probata nominentur, illa omnia impleri iisque dari iubemus,* quibus relicta sunt, *quasi pro ea parte testamentum non eversum valeat.***

Kap. 4. **Si vero illa non observentur, nullam vim eiusmodi testamentum, quantum ad institutionem**

die Erbeneinſetzung aufgehoben werden, wenn das Teſtament aus dem Grunde der 115. Nov. angefochten wird. Natürlicher Weiſe muß alſo ſchon darum die Pupillar-Subſtitution gültig bleiben, weil *alia quaecunque capita legibus probata* bey Kräften erhalten werden ſollen. Hierin ſtimmen auch überein Voet in Comm. ad Pand. Tom. II. lib. XXVIII. Tit. 6. §. 24. Hunnius in var. Resolut. iur. civ. lib. II. Tr. 5. Qu. 13. Weſtphal von Teſtamenten §. 380. a. E. S. 267. Hofacker Princip. iur. civ. T. II. §. 1316. Malblanc Princ. iur. Rom. sec ord. Dig. T. III. §. 713. pag. 886. Höpfner im Commentar über die Inſtitut. §. 508. Nr. 10. Thibaut System des P. R. 2. B. §. 819. S. 234. beſonders Boock Lehre von der Enterbung §. 26. S. 88. folg.

nem heredum, habere sancimus, sed evorso testamento, heredes ab intestato ad defuncti hereditatem vocamus, iisque res illius dari sancimus: legatis scilicet, sive fideicommissis et libertatibus et dationibus tutorum et aliis capitibus vim suam obtinentibus.

Dieſes vorausgeſchickt, ſo entſtehen nun, um das Verhältniß dieſer Novelle zu dem ältern Recht näher zu beſtimmen, folgende Fragen.

1) Wenn Deſcendenten von einem väterlichen Aſcendenten im Teſtament präterirt, oder nicht rite enterbt worden ſind, ſo daß die Exheredation ſelbſt nach der alten Form ungültig iſt, findet hier die Nov. 115 Kap. 3. Anwendung, ſo daß nur die Erbeneinſetzung aufgehoben wird, die übrigen Verordnungen des Teſtaments aber ſo wie die Vermächtniſſe gültig bleiben; oder können nicht vielmehr die Kinder in dieſem Falle noch jetzt die alte Nullitäts Querel mit der Wirkung anſtellen, daß das ganze Teſtament nebſt allen Anhängen deſſelben vernichtet wird? Die Rechtsgelehrten ſind über dieſe Frage ſehr verſchiedener Meinung. Einige[11]) behaupten ganz allgemein, daß die Präterition der Kinder, ſie geſchehe vom Vater oder der Mutter, keine andere Wirkung habe, als welche ihr in dieſer Novelle zugeſchrieben wird, und daß alſo nur die

11) Donellus in Comment. iur. civ. lib. VI. cap. 13. Struv Synt. iur. civ. Ex. 32. Th. 32. Duarenus in Comm. ad Tit. D. de iniusto rupt. et irr. test. cap. 2. Hottomannus Lib. IV. Obs. 27. Fachinaeus in contr. iur. lib. 6. Cap. 77. et lib. X. cap. 70. und Boof Lehre von der Enterbung 2. Hauptſt. §. 29.

die Erbeneinſetzung zu Grunde gehe. Andere[12]) unterſcheiden zwiſchen ſolchen Kindern, die noch in des Teſtirers väterlichen Gewalt ſich befanden, und emancipirten Kindern. Auf die Präterition der erſtern gehe die Novelle nicht, ſondern dieſe könnten auch noch jetzt die Nullitätsquerel des ältern Rechts mit der Wirkung anſtellen, daß das ganze Teſtament mit ſeinen Anhängen zerfalle. Wenn aber emancipirte Kinder präterirt worden ſind, ſo könnten dieſe nun auch nach der Nov. 115. das Teſtament als nichtig anfechten, ohne der prätoriſchen **Bon. possessio contra tabulas** weiter benöthiget zu ſeyn. Noch andere[13]) behaupten, daß auf den Fall, wenn Kinder von väterlichen Aſcendenten präterirt worden ſind, die **Nov. 115.** gar nicht gehe, ſondern die Kinder könnten in ſolchem Falle das Teſtament durch die ältern Rechtsmittel, nämlich durch die Nullitätsquerel oder die *B. P. contra Tabulas*, je nachdem ſie entweder sui oder emancipati ſind, als ungültig

12) *Sam. de* Cocceji in jure civ. controv. lib. XXVIII. Tit. 2. Qu. 6. Stryck Us. mod. Pand. Tit. de lib. et postum. §. 3. Sartorius cit. Diss. Sect. II. §. 4.

13) Cujac. ad L. 17. D. iniusto rupt. test. *Ant.* Faber Conject. iur. civ. lib. IX. c. 14. Idem de Error. Pragm. Dec. XX. err. 4. et dec. XLIX. err. 5. *Casp.* Schifordegher ad *Ant.* Fabrum Lib. I. Tract. 17. Qu. 1. seqq. Vinnius select. iur. Quaest. Lib. II. cap. 20. Voet Comm. ad Pand. Tit. de lib. et postum. §. 4. *Luc. van de* Poll de exhered. et praet. cap. 20 — 22. *Ge.* Fein Diss. de herede suo sub conditione instituto. *Goett.* 1777. Sect. I. §. 10. Koch Bon. poss. §. 8. S. 135. und 180. Weſtphal von Teſtamenten §. 549. und Thibaut System des Pandectenrechts 2. B. §. 819. S. 234. am Ende. Höpfners Commentar §. 528. Not. 1.

tig anfechten. Juſtinian habe alſo das alte Recht in Anſehung der in dem väterlichen Teſtament geſchehenen Präterition der Kinder nicht geändert, ſondern ſetze in der Nov. 115. einen ſolchen Fall voraus, da die Exheredation oder Präterition nach dem ältern Rechte gültig geweſen wäre. Unter dieſen verſchiedenen Meinungen iſt zwar die erſtere wegen der *Avth.* **Ex causa** *Cod. de lib. praeterit.* in der Praxis angenommen [14]), und man kann ihr auch in ſofern mit Grund beytreten, als nach derſelbeu anzunehmen iſt, daß die Nov. 115. Kap. 3. nicht blos von der mütterlichen Präterition der Kinder allein zu verſtehen ſey, ſondern ebenfalls auch auf den Fall gehe, da Kinder von einem väterlichen Aſcendenten präterirt worden ſind. Dies beweiſen die Anfangsworte klar: **Sancimus, ne ullo modo** ***patri*** **aut matri,** ***avo*** **aut aviae,** ***proavo*** **aut proaviae; filium suum aut filiam aut reliquos liberos** ***praeterire*** **aut exheredare liceat,** wo des Vaters und der väterlichen Aſcendenten ausdrücklich gedacht wird, und man thut den Worten offenbar Gewalt an, wenn man ſie blos von der mütterlichen Präterition verſtehen, und das Wort **exheredare** blos auf den Vater und die väterlichen Aſcendenten beziehen will. Allein deswegen war es Juſtinians Abſicht ganz und gar nicht, durch dieſes Geſetz das ältere Recht in Abſicht auf die väterliche Präterition der Kinder ganz aufzuheben. Denn es bedarf keines mühſamen Beweiſes, um ſich lebhaft davon zu überzeugen, daß Juſtinian in der Nov. 115. Kap. 3. einen ſolchen Fall vorausſetze, wo das Teſtament der Exheredation

14) Gail Observat. lib. II. cap. 113. et 114. Carpzov iurispr. for. P. III Constit. IX. Definit. 3. nr. 2. Müller ad *Struv.* Exercit. XXXII. Th. 32. not. *9*.

dation oder Präterition ungeachtet nach den ältern Geſetzen zu Recht beſteht. Dies beweiſen die Worte: **Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis *praeiudicium* generari,** welche keinen Sinn hätten, wenn das Teſtament wegen der Ausſchließung der Kinder ſchon nach den ältern Geſetzen an ſich nichtig wäre. Sie deuten alſo offenbar auf einen ſolchen Fall hin, wo außer dieſem Geſetz ſonſt keine Querel ſtatt hätte. Das Geſetz ſagt ferner: **Sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento evacuato ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex aequa parte pervenire,** wie reimt ſich dies mit dem Falle zuſammen, wo das ältere Recht ſchon das ganze Teſtament für null und nichtig erklärt? Das Geſetz verordnet endlich, es ſollen außer der Erbeneinſetzung, alle übrige Verfügungen des Teſtaments beobachtet werden, **ut tanquam in hoc *non rescissum* obtineat testamentum.** In der That müßte der Geſetzgeber ſeinen Verſtand verloren haben, wenn er von einem Teſtament, was die ältern Geſetze, die er kurz vorher noch ſelbſt beſtätiget hatte[15]), auch in Anſehung der Vermächtniſſe für null und nichtig erklären, hätte ſagen wollen, es ſoll in Abſicht auf die Vermächtniſſe als nicht aufgehoben angeſehen werden. Dies ſetzt offenbar voraus, daß das ganze

15) *L.* 30. §. 1. *C. h. t.* wo es heißt: **Sin vero vel *praeterierint* aliquam eorum personam iam natam vel ante testamentum quidem conceptam, adhuc vero in ventre constitutam, vel exheredatione vel alia eorum mentione facta, nihil eis penitus reliquerint: *tunc vetera iure locum habere sancimus, nullam ex praesente promulgatione novationem vel permutationem acceptura.*** — ***L.* 33. *C. eodem*** — **exceptis illis, quibus *nihil* in testamento derelictum est, *in quibus prisca iura illibata servamus.***

ze Teſtament an ſich gültig geblieben wäre, wenn es nicht vom Richter in Abſicht auf die Erbeneinſetzung wegen der dagegen angeſtellten Klage wäre aufgehoben worden.

Es iſt alſo gewiß, daß die Nov. 115. Kap. 3. nach der wahren Abſicht des Geſetzgebers nicht auf ſolche Fälle gezogen werden könne, wo das Teſtament ſchon vorher, als nichtig angefochten werden konnte, folglich in Anſehung der den präterirten Kindern gegen das väterliche Teſtament nach dem ältern Rechte zuſtehenden Nullitätsquerel nichts geändert ſey. Denn die Abſicht des Geſetzgebers war, durch ſein Geſetz das Unrecht der Exheredation und Präterition von den Kindern zu entfernen, wie er ſelbſt ſagt Nov. 115. Kap. 3. a. E. und Kap. 5. im Anf. Es war alſo in ſolchen Fällen kein neues Geſetz nöthig, wo ſchon das ältere Recht die Kinder gegen das Unrecht der Enterbung und Präterition in Schutz nahm, und ihnen dagegen hinlängliche Rechtsmittel gab, ſondern nur in ſolchen Fällen war das neue Geſetz nöthig, wo die Exheredation nach dem alten Recht gültig und die Präterition erlaubt geweſen wäre. Wollte man das Gegentheil annehmen, ſo würde Juſtinian durch ſein Geſetz mehr geſchadet, als geholfen haben, weil er ihnen ſtatt des ältern vortheilhaftern Rechtsmittels ein neues weniger vortheilhaftes gegeben hätte [16]).

Aus dieſen Gründen iſt es daher auch keinem Zweifel unterworfen, daß die Nov. 115. Kap. 3. eben ſo wenig auf ſolche Notherben Anwendung finde, die nach dem älteren Rechte das Teſtament des väterlichen Aſcendenten durch ihre Agnation rumpiren [17]).

Es

16) Sartorius cit. Diss. Sect. II. §. 4. not. c. pag. 92.

17) *Luc. van de* Poll de exheredat. et praeterit. cap. 22. Haubold Diss. de Different. inter testam. nullum. et inofficios c. VI. not.

Es kommt alſo nur noch darauf an, in wiefern ſchon vor der Nov. 115. die praeteritio paterna der Kinder mit der mütterlichen gleiche Wirkung hatte, ohne daß das Teſtament als nichtig oder lieblos angefochten werden konnte. Dies lehrt uns Juſtinian in der *L.* 30. *C. h. t.* wo er ſagt: Omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes, magnam et innumerabilem occasionem subvertendae eorum dispositionis amputare censemus: et in certis casibus, in quibus de *inofficiosis* defunctorum testamentis, vel *alio modo subvertendis* moveri solebat actio, certa et statuta lege tam mortuis consulere, quam liberis eorum vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat: ut sive adjiciatur in testamento de adimplenda legitima portione, sive non *firmum* quidem sit *testamentum*, liceat vero his personis, quae testamentum quasi inofficiosum vel *alio modo subvertendum* queri poterant, id quod minus portione legitima sibi relictum est, ad implendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere: si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator dixerit. — *Et haec quidem de his personis statuimus, quarum mentionem testantes fecerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate vel legato vel fideicommisso, licet minorem legitima portione, reliquerint.* Es liegt in dieſen Worten ganz klar, daß in ſolchen Fällen, wo ſonſt das Teſtament wegen der Präterition oder der Enterbung als pflichtwidrig, oder als nichtig angefochten werden konn=

not. z. pag. 20. *Io. Chr.* Koch Diss. de testamento per matrimonium vel nullo vel rupto. *Giessae* 1773. §. 4. Hofacker histor. iur. civ. de exheredat. et praeterit. §. 30. in fin.

konnte [18]), nun dieſe Klagen wegfallen ſollen, wenn ſolche Notherben, die ſich dieſer Klage bedienen konnten, mit einem Theile des Vermögens wären bedacht worden, es ſey erbeinſetzungsweiſe oder durch ein Vermächtniß geſchehen, wenn das, was ihnen hinterlaſſen worden, auch weniger als der Pflichttheil, betragen ſollte. Hier ſoll blos suppletoriſch geklagt werden können, es mag im Teſtament geſagt ſeyn, daß der Pflichttheil ergänzt werden ſolle, oder nicht. Nach dieſem Geſetz war alſo ſchon die Einſetzung oder Enterbung der **suorum** oder **emancipatorum** in dem Falle kein nothwendiges Erforderniß zur Gültigkeit des väterlichen Teſtaments mehr, wenn die Kinder auch nur mit Etwas im Teſtament bedacht worden ſind; und das Teſtament konnte nach dieſem Geſetz nicht mehr, wie ſonſt im Falle einer Enterbung, als lieblos, oder im Falle der väterlichen Präterition, als null [19]) angefochten werden. Nur dann, wenn die Kinder im Teſtament gar nicht im geringſten bedacht worden ſind, ſoll das alte Recht gelten, und das Teſtament im Falle einer väterlichen Präterition als nichtig, im Falle einer mütterlichen oder ſonſtigen Ausſchließung eines Notherben aber als inofficiös angefochten werden können. Nach dieſem Geſetz brauchten alſo Aſcendenten, ohne Unterſchied ſie ſeyen väterliche oder mütterliche ihren Kindern nur etwas im Teſtament zu hinterlaſſen, gleich-

18) Man ſehe §. 548. S. 111. dieſes Comment.

19) Dies wollen ohne Zweifel die Worte vel *alio modo subvertendum queri* poterant, ſagen, welche deutlich genug auf die Teſtamente der väterlichen Aſcendenten hinzielen. Denn die übrigen Teſtamente konnten bekanntlich im Falle der Ausſchließung auf keine andere Art, als durch die querela inofficiosi, umgeſtoßen werden. S. Boock Lehre von der Enterbung §. 29. S. 103.

gleichviel unter welchem Rechtstitel, um gegen die Nullitäts- und Inofficioſitäts-Querel derſelben geſichert zu ſeyn. Dies hat nun aber Juſtinian durch die Nov. 115. Kap. 3. abgeändert, und es den Eltern zur Pflicht gemacht, ihre Kinder als Erben zu bedenken, wenn ſie keine Urſache haben, ſolche als undankbare auszuſchlieſſen. Man unterſcheide alſo nun folgende Fälle.

1) Ein väterlicher Aſcendent hat ſeine Kinder gar nicht bedacht. Auf dieſen Fall geht die Nov. 115. gar nicht ſondern hier hat Juſtinian das alte Recht in den *L.* 30. und 31. *C. h. t.* ausdrücklich beſtätiget, nach welchem die **sui** das Teſtament als nichtig, die **emancipati** ſolches mit der **bonorum possessio contra tabulas**, und die **postumi** daſſelbe als **ruptum** anfechten können, und hierin iſt durch die Nov. 115. Kap. 3. nichts geändert worden.

2) Die Kinder ſind zwar vom Vater im Teſtament bedacht worden, aber nicht als Erben, ſondern der Pflichttheil iſt ihnen als ein bloßes Legat hinterlaſſen worden, ohne ſie im Uebrigen ausdrücklich enterbt zu haben. Dieſes iſt nach der Novelle als eine wahre Präterition anzuſehen, allein die alte Querel der Nichtigkeit findet hier nicht mehr ſtatt, weil ſie Juſtinian ſchon in dieſem Falle durch vorhergehende Geſetze, nämlich *L.* 30. *et* 31. *C. h. t.* aufgehoben hatte. Das Teſtament kann alſo nach der Nov. 115. als rechtswidrig angefochten werden, und es tritt hier die in dem neuern Geſetz beſtimmte Wirkung ein, nach welcher blos die Erbeinſetzung reſcindirt wird, die übrigen Verfügungen des Teſtaments aber gültig verbleiben.

Hiernächſt entſteht

II. die Frage, ob die emancipirten Kinder, wenn ſie in dem Teſtament eines väterlichen Aſcendenten

gänz-

gänzlich präterirt, oder nach der Form des ältern Rechts nicht exheredirt worden ſind, noch jetzt die *B. P. contra Tab.* nöthig haben? oder ob ſie nicht eben ſowohl, wie die sui liberi, das väterliche Teſtament als ungültig anfechten können. Auch dieſes iſt ſtreitig. Mehrere Rechtsgelehrten [20]) behaupten, der Unterſchied zwiſchen den suis und emancipatis liberis ſey in Abſicht auf die Mittel das Teſtament anzufechten nicht aufgehoben, ſondern in ſoweit geblieben, daß die sui praeteriti das Teſtament als null anfechten, die non sui aber auch noch h. z. T. die B. P. contra tabulas ſuchen müßten. Allein andere [21]) unterſcheiden, ob die non sui das Teſtament aus dem Grunde anfechten, weil die Vorſchrift der Nov. 115. nicht beobachtet worden, oder aus einem Grunde des ältern Rechts. Im erſtern Falle ſagen ſie, ſey die B. P. c. T. nicht mehr nöthig, weil das Geſetz zwiſchen suis und emancipatis keinen Unterſchied macht, in dem letztern Falle aber müßten die emancipati praeteriti noch h. z. T. die B. P. c. T. ſuchen. Endlich giebt es Rechtsgelehrten [22]), welche ohne Unterſchied

20) Pufendorf Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 76. §. 10. *Ant.* Faber de error. Pragmaticor. Dec. 14. Er. 7. Vinnius in Comm. ad §. 5. I. de exheredat. lib. Hofacker Diss. de exheredat. et praet. §. 24. malblanc Princip. iur. Rom. T. III. §. 695. Gambsjaeger cit. Commentat. P. III. §. 8. p. 44. sqq.

21) Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 527. Koch in der Bon. possess. §. 8. S. 132. und §. 30. S. 344.

22) *de* Cocceji in iure civ. controv. h. t. Qu. 5. Sartorius cit. Diss. Sect. II. §. 4. Haubold in Diss. de differentiis inter testam. nullum et inoff. cap. 6. p. 20. Walch Controv. iur. civ. Sect. II. cap. 4. membr. §. 2. 11. Book Lehre von der Enterbung §. 29. S. 107. folg. Thibaut Syſtem des Pandectenrechts 2. Th. §. 820.

ſchied behaupten, daß die **B. P. c. T.** auch bey den emancipirten Kindern nur **utilis** ſey, und ihnen übrigens ein gleiches Recht, wie den **Suis**, zuſtehe, das Teſtament als nichtig anzufechten, worin ſie präterirt worden ſind. Dieſe Meinung verdient ohne Zweifel den Vorzug. Zwar läßt ſich nicht behaupten, daß die Nov. 115. Kap. 3. auf dieſen Fall gehe, als welche, wie ſchon gezeigt worden iſt, ein ſolches Teſtament vorausſetzt, welches nach dem ältern Recht nicht hätte angefochten werden können. Allein unſtreitig iſt es, daß die emancipirten Kinder durch die Nov. 118. c. I. in Anſehung der Inteſtaterbfolge den **suis** gleich gemacht worden ſind. Sie haben nun alſo auch der **B. P.** nicht mehr nöthig, als welcher ſie ehemals nur darum bedurften, weil ſie kein Civilinteſtaterbrecht hatten. Dies war, wie Herr Kanzler Koch[23]) ſehr richtig bemerkt hat, der ganz natürliche Grund, warum **emancipati** zur **querela nullitatis** nach dem Civilrecht nicht berechtiget waren. Sollten nun alſo die **emancipati** den **suis** in Abſicht auf die Inteſtaterbfolge gleichgehalten werden, ſo folgt hieraus, daß ſie auch in Abſicht der Mittel zur Inteſtaterbfolge zu gelangen, den **suis** gleichgemacht worden ſind, folglich eben ſo, wie dieſe, das Teſtament als nichtig anfechten können, ohne der **B. P. c. T.** welche ſie ebenfalls **utiliter**, wenn ſie wollen, dagegen ſuchen können, weiter benöthiget zu ſeyn. Dieſe Meinung iſt auch in der Praxis angenommen, denn da iſt, wie Höpfner[24]) ſagt, von einem Geſuche um **B. P.** gar keine Rede mehr. Wie aber

III) wenn

23) Bonor. poss. §. 8. S. 175.

24 Commentar §. 527. am Ende S. 599. Eben ſo Lauterbach in Colleg. th. pr. Pandectar. lib. XXVIII. Tit. 2. §. 4. Reinharth in Observ. select. ad *Christinaeum* Vol. IV. Obs. 12.

III) wenn emancipirte Kinder förmlich enterbt ſind, es iſt auch eine geſetzliche Urſache angeführt, wie die Nov. 115. vorſchreibt; iſt hier zur Anſtellung der querela inofficiosi testamenti noch jetzt die *B. P. litis ordinandae gratia* erforderlich? Höpfner[25]) will ſie noch h. z. T. für nöthig halten, und Thibaut[26]) glaubt, ſie ſey wenigſtens zur Transmiſſion der Querel noch immer wichtig. Andere[27]) hingegen behaupten, daß jene B. P. jetzt als unnütz wegfalle, nachdem die emancipirten Kinder durch die Nov. 118. ein Civilinteſtaterbrecht bekommen haben, und dieſe Meinung verdient unſtreitig den Vorzug. Denn bekanntlich diente jene B. P. nur dazu, um dem enterbten non suus ein Inteſtaterbrecht zu verſchaffen, und ihn dadurch in die Lage eines sui heredis zu verſetzen, damit er nun als ſolcher die querelam inofficiosi anſtellen könne, wozu er ſonſt kein Recht hatte[28]). Nur in dieſer Rückſicht war ſie auch dem enterbten Emancipirten zur Transmiſſion der Querel auf die Erben nöthig, denn bey dem enterbten Suus fiel ſie weg[29]). Da nun die non sui nach der Nov. 118. ein gleiches Inteſtaterbrecht haben, ſo iſt ſchlechterdings nicht zu begreifen, wozu die B. P. litis ordinandae gratia noch dienen ſolle.

Daß

25) Commentar. §. 529.

26) Syſtem des Pandectenrechts 2. Th. §. 820. in der vorigen Ausgabe §. 1032. war die entgegengeſetzte Meinung angenommen.

27) Hofacker Princip. iur. civ. T. II. pag. 1647. Gambsjaeger cit. Comm. P. IV. §. 2. not. 6. pag. 58. und Koch Bon. poss. §. 30. S. 350. am Ende.

28) S. Webers Anmerk. zu Höpfners Commentar §. 658. Not. 1. S. 715.

29) *L.* 7. *D. h. t.*

Daß auch die Präparation der Querel, welche die Geſetze zur Transmiſſion derſelben erfordern, auf andere Art als durch das Geſuch jener Art der **B. P.** geſchehen könne, lehren Ulpian[30]) und Paulus[31]) ganz deutlich[32]). Die allerſtreitigſte Frage iſt nun aber

IV. die, was die Ausſchließung der Kinder und Eltern nach der Nov. **115.** für eine Wirkung habe, wenn zwar dieſelbe nach dem ältern Rechte auf eine förmliche oder erlaubte Art geſchehen iſt, allein die Vorſchriften des neuern Geſetzes nicht beobachtet worden ſind, und alſo entweder keine geſetzliche oder eine falſche Urſache angeführt worden iſt? Findet hier die **Querela inofficiosi**, oder die Nullitätsklage, oder vielleicht ein drittes ganz neues Rechtsmittel ſtatt? Hierüber giebt es ſehr verſchiedene Syſteme ſowohl unter den ältern als neuern Rechtsgelehrten. Unter den ältern Syſtemen haben das ſogenannte Inofficioſitäts-Syſtem, und das Nullitäts-Syſtem die meiſten Anhänger gefunden, ſo daß man wohl mit Recht ſagen kann, ihre Zahl iſt Legion.

Soviel **1)** das ſogenannte Inofficioſitätsſyſtem anbetrifft, ſo beſteht dieſes darin, daß wenn die Ausſchlieſſung der Kinder oder Eltern nach der alten Form gültig iſt, die **Querela inofficiosi test.** als welche durch die Nov. **115.** nicht aufgehoben, ſondern nur modificirt worden ſey, angeſtellt werde müſſe, ohne Unterſchied, die Ausſchlieſſung

30) *L.* 6. §. 2. *D. h. t.*

31) *L.* 7. *D. eodem.*

32) Man ſehe hier noch Steins Abh. von pflichtwidrigen Teſtamenten §. 20. S. 74. und Not. f.

ſung ſey nach der neuen Form gültig oder ungültig. Die Klage iſt daher die nämliche, es ſey entweder gar keine, oder keine geſetzliche Urſache angeführt, oder die angeführte ſonſt geſetzliche Urſache ſey falſch. Dieſes Syſtem hat an Vinnius[33]), Noodt[34]), Schifordegher[35]), Huber[36]), Voet[37]), van de Poll[38]), Alciat[39]), Duaren[40]), Nerius[41]), Fachinäus[42]), Perez[43]), Gudelinus[44]), und unter den neuern beſonders an Joſ. Fineſtres[45]), Pufendorf[46]), Majanſius[47]), Reinold[48]) Weſtenberg

33) Comment. ad pr. I. de inoff. test. und in Quaest. iuris select. Lib. II. cap. 21.

34) Comm. ad Pand. h. t. pag. 160.

35) ad *Ant. Fabrum* Lib. I. Tract. XVII. Qu. 1. et 2.

36) Praelect. ad Inst. Tir. de exhered. lib. §. 2.

37) Comm. ad Dig. h. t. §. 23.

38) de exheredat. et praet. §. 22. et 23.

39) Parergor. lib. IV. cap. 9.

40) Comm. ad Tit. D. de inoff. test. cap. 3. in Operib. pag. 174.

41) Analect. Lib. II. cap. 15. (in *Thes. Otton.* Tom. II. p. 418.)

42) Controv. iuris Lib. IV. cap. 9.

43) Praelect. ad Cod. Tit. de lib. praet. n. 13.

44) de iure noviss. lib. II. cap. 4.

45) Praelect. Cervar. ad Tit. Dig. de liber. et postum. P. IV. cap. 3. §. 32.

46) Observat. iur. univ. T. IV. Obs. 76. §. 12. et 13.

47) Diss. de factis contra legem. §. 10. (in EIUS *Dissertat. iur. civ.* T. I. Diss. XI. pag. 209.)

48) Opusc. iurid. pag. 338. seqq.

berg[49]), Jul. Ge. Paul *du* Roi[50]), Joh. Nic. Schedel[51]), Ad. Fried. Reinhard[52]) Malblanc[53]) Hofacker[54]) und Koch[55]), eifrige Vertheidiger gefunden. Dieſes Syſtem hat nun zwar den allerdings wichtigen Grund für ſich, daß der Kaiſer ſich über den Fall, wenn der Vorſchrift ſeines Geſetzes kein Genüge geſchehen, auf eine ſolche Art erklärt, daß man nur gar zu deutlich daraus ſiehet, das Teſtament ſolle nicht **ipso iure** nichtig ſeyn, ſondern durch richterliches Urtheil aufgehoben werden. Dies beweiſen die in dem griechiſchen Text gebrauchten Ausdrücke *ἀκυρουσθαι* und *ανατρεπεσθαι*, welche nach dem Urtheile der Sprachkundigen ſoviel als **rescindere**, **evertere**, **infirmare** bedeuten, und von einem ſolchen Teſtament gebraucht werden, welches nicht **ipso iure** nichtig iſt, ſondern erſt vom Richter aufgehoben werden muß, wie beſonders Pufendorf a. a. O. mit vieler Gelehrſamkeit erwieſen hat. Dies erhellet noch mehr daraus, daß die Vermächtniſſe ihre Gültigkeit behalten (**legatis suam obtinentibus firmitatem**), und das Teſtament in Anſehung derſelben als nicht aufgehoben angeſehen werden ſolle (**et** ***tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum***). Dieſes Syſtem hat ferner für ſich,

Y 2 daß

49) Dig. Tit. de lib. et postum. §. 10.

50) Diss. not. 1. cit.

51) Diss. de eo, quod circa materiam exheredationis et praeterit. Nov. 115. Cap. 3. mutatum est. *Giessae* 1725.

52) Sammlung juriſt. philoſ. und kritiſcher Aufſätze. 1. Band 2. St. Nr. 2. S. 73.

53) Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. T. III. §. 697. pag. 849.

54) Hist. iur. civ. de exhered. et praeterit. §. 26.

55) Bonor. possess. §. 8. S. 140.

daß Juſtinian nirgends ſagt, daß die Querel des liebloſen Teſtaments nun durch ſeine neue Conſtitution bey den Kindern und Eltern aufgehoben ſeyn, und eine neue Klage an deren Stelle treten ſolle. Man muß alſo annehmen, er habe die ältere Klage im Sinn gehabt, und dieſe auch auf die in der Novelle beſtimmten Fälle jedoch unter den hier feſtgeſetzten Modificationen erſtreckt wiſſen wollen. Indeſſen hat dieſes Syſtem freilich noch manche erhebliche Zweifel gegen ſich. Denn man kann dagegen einwenden:

1) die **Querela inofficiosi** ſetze ein nach dem ſtrengen Civilrecht gültiges Teſtament voraus; iſt aber bey der Ausſchließung der Kinder und Eltern entweder gar keine, oder keine rechtmäßige Urſache ausgedrückt, oder die genannte Urſache falſch, ſo laſſe ſich in keinem dieſer Fälle annehmen, daß das Teſtament, da es der buchſtäblichen Vorſchrift eines neuen Civilrechts geradezu entgegen ſtreitet, dennoch **stricto iure** gültig ſey. Denn eine Handlung, der es an der gehörigen Form fehlt, zerfällt nach bekannten Grundſätzen in ſich ſelbſt.

2) Wer die **Querela inoff. test.** anſtellt, gründet ſich darauf, er habe die Ausſchließung nicht verdient; iſt nun aber die Vorſchrift der Novelle nicht beobachtet, ſo kommt nichts darauf an, ob der Enterbte die Enterbung verdient habe oder nicht. Es wird alſo der Kläger doch gewinnen, wenn er auch die Enterbung wirklich verdienet hätte.

3) Man kann es auch nicht gerade für eine pflichtwidrige Handlung erklären, wenn der Teſtirer die Urſache der Enterbung nicht angeführt hat, er kann die Urſache aus Unachtſamkeit oder aus Schonung des Enterbten nicht mit angeführt haben. Wäre nun in dem Geſetz die **Querela**

la

la inofficiosi gemeint, ſo müßte es genug ſeyn, daß der Teſtirer eine rechtmäßige Urſache gehabt, deren Wahrheit der Erbe beweiſen kann, um den Kläger abzuweiſen; allein das Geſetz hält dieſes nicht für genug, ſondern ſagt: *niſi forte ingrati probentur, et parentes ipſas ingratitudinis cauſas nominatim in teſtamento ſuo ſcripſerint.* Wenn nun gleich

4) ſich allerdings annehmen läßt, daß eine ältere Klage auch die neuen Beſtimmungen der Civilgeſetze mit ergreife, wenn die Natur jener Klage auf dergleichen neuere Vorſchriften paßt, und denſelben nicht widerſpricht; ſo laſſe ſich doch hier, wo die Nichtbeobachtung des neuern Geſetzes (Nov. 115.) gerade das Gegentheil von dem mit ſich bringt, was jene ältere Klage, welche nach dem Inofficioſitäts-Syſtem voraus geſetzt wird, weſentlich erfordert, die Schlußfolge nicht rechtfertigen, auf welche jenes Syſtem gebaut iſt.

2) Nach dem Nullitätsſyſtem unterſcheidet man, wenn Kinder oder Eltern auf eine erlaubte Art übergangen oder rite enterbt ſind, ſo daß die Ausſchließung nach der alten Form gültig iſt; ſo iſt entweder eine geſetzliche Urſache angeführt oder nicht, in dem letztern Falle ſey das Teſtament nach dem neuern Rechte nichtig, und es habe die *Querela nullitatis iuris novi* ſtatt. In dem erſtern Falle aber ſey das Teſtament, wofern die angeführte Urſache falſch iſt, für pflichtwidrig zu halten, und es müſſe die *Querela inofficioſi* angeſtellet werden. Dieſes Syſtem, welches auch unſer Verf. angenommen, vertheidigen beſonders Struv[56]), Schilter[57]), Faber[58]), Berger[59]), Stryck[60]), Cocceji

56) Synt. iur. civ. Ex. X. Th. 15. und Ex. XXXII. Th. 32.
57) Praxi iur. Rom. Ex. XIV. §. 46. u. Ex. XXXVIII. §. 54.
58) de Errorib. Pragmat. Dec. XIV. Err. 7.

ceji[61]), Bauer[62]), Weſtphal[63]), Walch[64]), Haubold[65]), Gebr. Overbeck[66]), Emminghaus[67]), Madihn[68]) u. a. m. Beyden Klagen wird nun zwar die nämliche Wirkung zugeſchrieben, daß ſie nämlich nicht das ganze Teſtament umſtoßen, ſondern nur die Erbeinſetzung entkräften, übrigens aber ſeyen ſie doch in Hinſicht der Verjährungszeit, des Ueberganges auf die Erben und ſonſt ſehr unterſchieden. Allein auch dieſem Syſtem ſteht der wichtige Einwurf entgegen, daß nach der Nov. 115. in Hinſicht der Wirkung unter beyden Fällen, ob gar keine oder keine rechtmäßige Urſache angeführt iſt, oder ob die angeführte rechtmäßige Urſache nicht erwieſen werden kann, gar kein Unterſchied gemacht iſt, ſondern beyde Fälle an dem nämlichen Platze, wo ihre Entſcheidung ſteht, mit einander verknüpft vorgetragen ſind. Alſo die Klage, welche nach der Intention des Geſetzgebers in dem einen Falle ſtatt findet, die muß auch in dem andern Platz greifen. Nun hat der Geſetzgeber keine neue Klagen genannt, es können alſo keine angenommen werden, ſondern man muß glauben, der

59) Oecon. iur. lib. II. Tit. 4. Th. 14. not. 2.

60) Us. mod. Pand. h. t. §. 4.

61) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

62) Diss. de eo, quod iustum est circa formam exheredat. §. 13.

63) Theorie des R. R. von Teſtamenten §. 548. und 559.

64) Controv. iur. civ. Sect. II. cap. 4. memb. 2. §. 20.

65) Diss. de differ. inter test. nullum et inoff. cap. 7.

66) Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. 3. Band. Medit. 114.

67) ad *Coccejum* c. l. not. e. pag. 442.

68) Princip. iur. Rom. de success. §. 141.

der Geſetzgeber habe es bey der ſchon bekannten Klage wollen bewenden laſſen[69]). Daß auch dann, wenn die Exheredation oder Präterition ohne Anführung einer geſetzmäßigen Urſache geſchehen iſt, nicht die Nullitätsklage, ſondern die **querela inoff.** ſtatt finde, erhellet ſchon daraus, weil es an ſich gar nicht paſſend iſt, daß durch einen und denſelben im Geſetz gebrauchten Ausdruck (**testamento evacuato**) ein zu reſcindirendes und ein an ſich nichtiges Teſtament bezeichnet werden könne.

Unter den neuern Syſtemen, welche über die Nov. **115.** und deren Verhältniß zu den ältern Rechten zum Vorſchein gekommen ſind, und welche hier nicht zu übergehen ſind, verdient zuerſt die von dem Geh. Rath Schneidt zu Würzburg[70]) vertheidigte Lehre eine vorzügliche Erwähnung. Sie beſteht nämlich darin, daß bey der Ausſchließung der Kinder und Eltern nach der Nov. **115.** die **Querela inoff.** ganz wegfalle, und an deren Stelle eine neue in ihren weſentlichen Eigenſchaften von jener Querel ganz verſchiedene Klage (*Condictio ex lege*) getreten ſey. Die alte Querel, ſagt er, könne darum nicht mehr zur Anwendung kommen, weil der Grund und die Wirkung, welche dem neuen Rechtsmittel in der Nov. **115.** beygelegt iſt, gar nicht mehr auf ſie paßt. Denn der Grund der neuen Klage beruhe nicht mehr, wie bey der alten Querel, in einem Vorwande, als ob der Teſtirer nicht recht bey Verſtande geweſen, weshalb das Teſtament vermittelſt derſelben ganz zu Grunde gieng, ſon-

69) Koch Bon. poss. §. 8. S. 141.

70) Diss. de querela inofficiosi inter parentes et liberos exule. *Wirceb.* 1778. und Deſſelben Iurisprud. for. in ord. systemat. redact. et supplet. Tom. I. §. 642. (*Wirceb.* 1802. 8.)

ſondern vielmehr darin, daß die Vorſchrift des neuen Geſetzes nicht beobachtet worden ſey. Daher werde durch die neue Klage das Teſtament nur in Abſicht auf die Erbeneinſetzung aufgehoben. Da alſo durch die Novelle **115.** der Hauptgrund und die Hauptwirkung der alten Querel aufgehoben worden, ſo könne es nicht mehr die alte Querel, ſondern es müſſe eine neue Klage ſeyn, deren ſich nunmehr Kinder und Eltern bedienen müßten, wenn ſie gegen die Vorſchrift der Novelle ausgeſchloſſen worden, und dieſe könne keine andere, als die ***Condictio ex Novella*** **115.** ſeyn [71]). Dieſe neue Klage ſey denn nun auch nicht auf die kurze Dauer von **5** Jahren beſchränkt, weil Condictionen erſt durch eine dreyßigjährige Präſcription erlöſchen. Sie gehe ferner auf die Erben über, wenn ſie gleich von dem verſtorbenen Notherben nicht präparirt worden, u. dgl.

Allein

71) Die Worte, welche das Hauptargument enthalten, lauten in der angeführten Diss. § 19. ſo: *Si alicuius actionis aut legis ratio fundamentalis simul et effectus principalis deficit, certum est, et legem et actionem cessare, praecipue si alia magis utilis substituatur, et prior concessa tantum sit actio subsidiaria. Iam post Nov.* 115. *c.* 3 *et* 4 *cessat fundamentalis furoris ratio, utpote restricta testandi facultate non amplius necessaria. Cessat principalis huius furoris, et inde natae querelae effectus, infirmatio scilicet integri testamenti, et actio nova, seu condictio ex Nov.* 115. *est data, quae certe utilior est priori, cum per eam voluntas testatoris, in quantum impia non est, conservetur, neque alii legatarii, qui revera innocentes sunt, per talem testamenti partialem rescissionem laeduntur, sed solummodo illi, qui contra pietatem laesus est, subvenitur, et tantum extraneo instituto impietatem causanti hereditas adimitur; ex quo pleno fluere alveo videtur, quod querelae inofficiosi, utpote subsidiariae, post Novellam locus amplius esse haut possit.*

Allein gegen dieſe Meinung hat ſchon Herr Kanzler Koch[72]) erinnert, daß eine **Condictio ex lege** keine Real=, ſondern nur eine Perſonalklage ſey[73]), die neue Klage aber doch immer eine Art der Erbſchaftsklage, folglich eine Realklage, ſeyn müßte. Sodann was den Hauptgrund jener Meinung anbetrifft, daß wegen des nun wegfallenden ehemaligen Grundes eines rechtlich angenommenen Wahnſinnes auf Seiten des Erblaſſers, ſo wie wegen der veränderten Wirkung, die Klage nicht mehr die alte Querel ſeyn könne, ſondern ein neu eingeführtes Rechtsmittel angenommen werden müßte, ſo ſcheint die daraus abgeleitete Folge den Grundſätzen einer ächten logiſchen Interpretation des röm. Rechts nicht gemäß zu ſeyn, wenn man erwägt, daß es in dem röm. Rechte gar nichts Seltenes iſt, daß ein Geſetz ſeine Gültigkeit behaupte, wenn gleich die Gründe, worauf daſſelbe urſprünglich beruhete, in der Folge ganz wegfielen. Voorda[74]) und Weber[75]) haben davon genug Beiſpiele aufgeſtellt. Juſtinian konnte alſo den Grund und die Wirkung der Klage ändern, ohne die Klage ſelbſt abzuſchaffen, wovon er nichts ſagt. Vielmehr lehren die Ausdrücke *reſciſſo testamento*, *evacuato testamento*, welche der **querela inofficioſi** eigen ſind[76]), das Gegentheil, und

72) S. Kochs Bonor. poſs. §. 8. S. 148.

73) §. 15. *I. de action. L. un. D. de condict. ex lege.*

74) Interpretat. et Emendat. iur. civ. Lib. I. cap. 1.

75) Verſuche über das Civilrecht und deſſen Anwendung. Nr. I. §. 16. und 17. S. 55. folg. Man vergleiche auch Thibaut Theorie der logiſchen Auslegung des römiſchen Rechts §. 15. und den 1. Th. dieſes Commentars §. 58. S. 363. folg.

76) *L.* 17. *D. L.* 28. *C. h. t.*

und geben zu erkennen, daß der Kaiſer hier ein nach der Strenge des Rechts gültiges Teſtament vorausſetze. Wer ſollte auch glauben, daß Juſtinian nach ſeiner bekannten Denkungsart ſo viele Geſetze im Codex und den Pandecten, die von der Querel handeln, auf einmal aufgehoben haben ſollte, ohne auch nur mit einer Sylbe etwas davon zu gedenken? da derſelbe doch ſonſt immer das ältere Recht, was er abändern oder aufheben wollte, ausdrücklich anzuführen pflegt[77]. Herr Geh. Rath Schneidt glaubt zwar, Juſtinian habe es deutlich genug geſagt, daß die alte Querel ſolle aufgehoben ſeyn. Denn am Ende des 4. Kap. der 115. Novelle heißt es ja ausdrücklich: **Si quid autem pro legatis vel fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus et *quibuslibet aliis capitulis*, in aliis legibus inventum fuerit, *huic constitutioni contrarium*, hoc nullo modo volumus obtinere.** Allein wenn man die Worte *quibuslibet aliis capitulis* auch nicht von den übrigen Anhängen des Teſtaments, z. B. von der Pupillar-Subſtitution, verſtehen will, wie doch eigentlich der Zuſammenhang mit ſich bringt, ſo läßt ſich daraus noch keine gänzliche Aufhebung der Inofficioſitätsklage bey Kindern und Eltern erweiſen, indem vielmehr dieſe Worte dahin gehen, daß die ältern Geſetze ſoweit, als ſie dieſer neuern Vorſchrift entgegen ſtreiten, hierdurch aufgehoben ſeyn ſollen, z. B. daß nun den Kindern und Eltern nach dieſem Geſetz der ihnen gebührende Pflichttheil nicht mehr, wie noch nach den vorhergehenden Verordnungen des Kaiſers Juſtinian ſelbſt geſchehen konnte, als ein bloßes Legat hinterlaſſen, ſon-

77) Man vergleiche hier die Bemerkung S. 13. Not. 55. dieſes 7. Bandes.

ſondern auch ſchon deshalb das Teſtament als rechtswidrig angefochten werden kann, wo noch kurz vorher der Kaiſer dem Notherben die Querel ausdrücklich abgeſprochen hatte [78]).

Gleichwohl hat dieſes Schneidtiſche Syſtem bei mehreren neuern Rechtsgelehrten [79]) Beifall gefunden, welche es nur darin zu verbeſſern geſucht haben, daß ſie die neue durch die Nov. 115. vermeintlich eingeführte Klage nicht condictio ex Novella ſondern die Querela *nullitatis iuris novi*, oder eine qualificirte Erbſchaftsklage genennt haben wollen, welche Meinung man alſo das verbeſſerte Schneidtiſche Syſtem nennen könnte.

Außer dem Schneidtiſchen Syſtem zeichnet ſich in ſeiner Art das neue Syſtem des Prof. Woltär [80]) zu Halle noch vorzüglich aus, deſſen auch kürzlich zu gedenken iſt. Woltär unterſcheidet zwey Fälle: a) wenn die Ausſchließung der in der Nov. 115. beſtimmten nothwendigen Erben ohne Anführung einer geſetzmäßigen Urſache

78) Man erinnere ſich hier an die *L.* 30. *C. h. t.* Das Schneidtiſche Syſtem hat ausführlich geprüft und widerlegt *F. Wilh.* Gambsjaeger in Diss. de testamento in Sp. inofficioso etc. P. IV. §. 2. Not. 3. pag. 54. seqq.

79) S. Thibaut System des Pandect. R. 2. B. §. 819. S. 234. Book Lehre von der Enterbung §. 28 — 31. Weber zu Höpfners Commentar §. 525. Not. 2. S. 596. Neu iſt übrigens dieſe Meinung gar nicht. Wir finden ſie gerade ſo mit allen von Schneidt angeführten Gründen bey Balcke lib. II. Elector. cap. 7. und *Alex. Arn.* Pagenstecher in Irnerio iniuria vapulante Coit. XXI. §. 14. et Coit. XXX. §. 4. et 5.

80) Observat. iuris civ. et Brandenb. Fascic. II. Obs. 27.

ſache geſchehen iſt. Hier hält er das Teſtament ſeinem ganzen Inhalt nach für null. b) Iſt aber eine geſetzmäßige Urſache angeführt, ſo findet nach ſeiner Lehre *Querela inoff. testam. iuris novi* ſtatt, wenn der eingeſetzte Erbe die Wahrheit der angeführten Urſache nicht erweiſen kann. Dabei aber bleibe die Erbfolge doch teſtamentariſch. Der Ausgeſchloſſene trete gleichſam als Subſtitut an die Stelle des eingeſetzten Erben, bekomme aber zu ſeinem Erbtheile, was er ab intestato erhalten haben würde, und müſſe im Uebrigen die Verordnungen des Teſtaments an Vermächtniſſen und ſo weiter gelten laſſen. Allein dieſes Syſtem ſteht mit den klaren Worten der Novelle in einem ſo offenbaren Widerſpruche, daß es unter allen am wenigſten auf Beyfall rechnen kann. Herr Kanzler Koch[81]) hat es zum Ueberfluß ſchon näher geprüft.

Zuletzt verdient noch eine ſogenannte Mittelmeinung Höpfners[82]) bemerkt zu werden. Er legt nämlich überhaupt das zweyte oder ſogenannte Nullitäts-Syſtem zum Grunde, modificirt es aber darin, daß a) wo keine geſetzliche Urſache im Teſtament ſteht, zwar *Querela nullitatis* ſtatt finde, daß aber b) das Teſtament doch blos in Rückſicht des Enterbten null ſey; daß alſo c) auch durch ein ſolches blos nach der 115. Novelle nichtiges Teſtament ein vorhergegangenes Teſtament nicht rumpirt werde; daß d) die *Querela nullitatis ex iure novo* nur 5 Jahre daure, und nicht auf die Erben gehe, wenn ſie nicht vorbereitet iſt. Allein nicht zu gedenken, daß dieſe Meinung andern bekannten Grundſätzen des Rechts widerſpricht,

81) Bon. poss. §. 3. S. 150. folg.

82) Commentar über die Inſtitut. §. 525. Not. 2. S. 596.

ſpricht, indem nach dem Civilrecht ein nichtiges Teſtament nicht allein in Abſicht auf den Notherben, ſondern auch, falls derſelbe vor dem Teſtirer verſterben ſollte, in Abſicht aller Civilinteſtaterben null und nichtig iſt[83]); ſo wird auch durch dieſe Mittelmeinung die vom Höpfner angenommene neue Klage zu einem Mitteldinge zwiſchen der Nullitäts- und Inofficioſitätsklage gebildet, woran ſicher Juſtinian nicht gedacht hat. Sehr ausführlich hat ſich Herr Kanzler Koch[84]) auch gegen dieſe Meinung erklärt.

Auf ſolche Art ſind nun freylich alle bisher vorgetragene Syſteme noch vielem Zweifel unterworfen. Doch ſcheint mir noch immer das Inofficioſitätsſyſtem den Vorzug zu verdienen. Denn es findet ſich in der ganzen Nov. 115. keine Spur, daß Juſtinian die Inofficioſitätsklage bey der Ausſchließung der Kinder und Eltern habe aufheben, und ſtatt derſelben ein neues Rechtsmittel einführen wollen. Nun iſt zwar der Einwurf gar nicht unerheblich, daß ein Teſtament, welches nicht nach der Vorſchrift des Geſetzes errichtet worden, an ſich nichtig ſey, die Inofficioſitätsklage aber ein nach dem ſtrengen Recht gültiges Teſtament vorausſetze. Allein es iſt noch die Frage, ob die Anführung einer geſetzmäßigen Urſache bey der Ausſchließung der Kinder und Eltern dergeſtalt zur Form der Enterbung vorgeſchrieben ſey, daß ohne dieſelbe das Teſtament nun ſchon an ſich und **ipse iure** nicht beſtehen könne. Daran glaube ich nun nach der ganzen Abſicht und Faſſung der Novelle mit Grunde zweifeln zu können. Denn die Abſicht des Kaiſers war nicht, durch

83) *Pr. I. de Exheredat. liber. L.* 7. *L.* 30. *L.* 32. *D. de liber. et postum. L.* 4. *C. de liber, praeterit.*

84) Bonor. possess. S. 429. folg.

durch die Nov. 115. eine neue Form der Ausſchließung bey Kindern und Eltern einzuführen, ſondern nur die Enterbungsurſachen, welche vor ſeinen Zeiten ungewiß, und meiſt der Willkühr der Centumviralrichter überlaſſen waren, zu beſtimmen, und dieſelben durch ein immerwährendes Geſetz zur Gewißheit zu bringen[85]). Nun ſagt zwar Juſtinian im Anfang des 3. und 4. Kap. der 115. Novelle: wenn Eltern ihre Kinder oder Kinder ihre Eltern enterben oder präteriren wollen, ſo ſolle ihnen ſolches anders nicht erlaubt ſeyn, als wenn ſie eine rechtmäßige Urſache im Teſtament anführen, deren Wahrheit von dem eingeſetzten Erben erwieſen werden kann. Allein dieſe Anführung einer rechtmäßigen Urſache erfordert Juſtinian nicht darum, damit das Teſtament an ſich beſtehe, ſondern damit das Teſtament gegen alle Anfechtung geſichert ſey[86]). Sie gehört alſo nur zur Rechtmäßigkeit der Ausſchließung, aber nicht zur Form derſelben, welche blos nach dem ältern Rechte zu beurtheilen iſt[87]). Denn der Hauptzweck des Geſetzgebers gieng eigentlich nur dahin, die Kinder und Eltern gegen das Unrecht der Enterbung zu ſchützen, dem ſie nach dem ältern Rechte bey der Ungewißheit der Enterbungsurſachen ausgeſetzt waren, wie Juſti-

85) Dieſes beweiſen die Worte der Nov. 115. Kap. 3. ganz deutlich, wo Juſtinian ſagt: *Sed quia cauſas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diverſis legibus diſperſas, et non aperte declaratas invenimus, quarum aliquae nec dignae nobis viſae ſunt ad ingratitudinem, — ideo neceſſarium eſſe perſpeximus, eas nominatim praeſenti lege comprehendere.*

86) *Ios.* Finestres Praelect. Cervar. ad Tit. Dig. de liberis et poſtum. P. IV. cap. 3. §. 32.

87) Man ſ. vorzüglich *du* Roi Diſs. de teſtamento ob exheredationem ſine elogio factam non ipſo iure nullo §. 10.

Juſtinian ſich darüber ſelbſt ſehr deutlich erklärt hat, wenn er Kap. 5. der Nov. 115. ſagt: *Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum iniuria liberos reddamus.* Dieſem Unrecht glaubte ſich nun der Geſetzgeber dadurch am kräftigſten entgegen ſetzen zu können, wenn er gewiſſe Enterbungsurſachen beſtimmte, und dabey verordnete, daß eine oder etliche, deren Wahrheit der eingeſetzte Erbe zu erweiſen vermöchte, im Teſtament beygefügt werden ſollten. Daß nun aber, wenn dieſes nicht beobachtet worden, das Teſtament deswegen nicht ſchon an ſich ungültig ſey, erhellet daraus, weil der Geſetzgeber ausdrücklich ſagt, das Teſtament ſolle nur blos in Abſicht auf die Erbeneinſetzung reſcindirt werden, übrigens aber gültig bleiben, et tanquam in hoc *non rescissum* obtineat testamentum. Wie läßt ſich bey dieſer Faſſung der Worte hier von der *L.* 5. *C. de Leg.* Gebrauch machen, in welcher es heißt: **Ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia sed *pro infectis* etiam habeantur?** Das Teſtament, welches mit der Vorſchrift der Novelle nicht übereinſtimmt, müßte ja für nicht errichtet gehalten werden! Wie konnte nun Juſtinian, ohne Ungereimtheit, ſagen, es ſoll in Abſicht auf die Vermächtniſſe als nicht reſcindirt angeſehen werden? Der wichtigſte Grund, welcher dem Inofficioſitätsſyſtem entgegen geſetzt wird, iſt jedoch unſtreitig der, wenn man ſagt, daß die ganze Vorſchrift der Novelle 115. gar nicht mehr auf die **Querela inofficiosi** paſſe. Denn das Weſen dieſer Querel beſtehe darin, daß der Kläger behauptet, er habe die Enterbung nicht verdient. Iſt nun aber die Vorſchrift der Novelle nicht beobachtet, und das Teſtament wird aus dieſem Grunde angefochten, ſo komme gar nichts darauf an, ob der

der Enterbte die Enterbung verdient habe, oder nicht. Geſetzt alſo auch, der Erbe könnte in dem Falle, da die Ausſchließung eines Kindes ohne Anführung einer rechtmäßigen Urſache geſchehen iſt, beweiſen, daß eine gerechte Urſache vorhanden ſey, ſo wird er nach der Vorſchrift der Novelle **115.** mit dieſem Beweis nichts ausrichten, mit welchem doch der Beklagte gegen die **querela inofficiosi testamenti** Gehör finden müßte.

Allein man ſtelle ſich nur die Sache aus ihrem wahren Geſichtspunkte vor, ſo wird auch dieſer Einwurf leicht zu widerlegen ſeyn. Der Geſetzgeber geht von dem Grundſatz aus, die Enterbung, ſo wie die Präterition, iſt eine Beleidigung des Notherben, der ein gegründetes Recht auf den Pflichttheil hat[88]). Auffallend iſt dieſes Unrecht, wenn Eltern

88) In den Geſetzen wird die Enterbung ausdrücklich eine *Iniuria* genannt; ſo nennt ſie Papinian *L.* 8. *pr. D. h. t.* und Cajus ſagt *L.* 4. *C. eodem:* Non consentiendum est parentibus, qui *injuriam* adversus liberos suos testamento inducunt. Tryphonin nennt ſie *L.* 22. *D. eod.* eine *Indignatio.* Man hielt daher die Ausſchließung im Teſtament für eben ſo ſchimpflich, als es im Gegentheil für ehrenvoll gehalten wurde, im Teſtament zum Erben eingeſetzt zu ſeyn; *L.* 3. §. 2. *D. de legat. praestand. c. T. bon. poss. petita. L.* 52. §. 2. *D. de iudic. L.* 1. *C. de B. P. contra tab.* Cicero *pro Quintio c.* 4. *pro Caecinna c.* 4. Quinctilian *Declamat.* 332. Seneca *Declamat.* Lib. II. dec. 7. Daher werden die Erben immer *honorati* genennt. Man vergleiche *Barn.* Brissonii selectar. ex iure civ. Antiquitat. lib. IV. cap. 19. *Ev.* Ottonis Papinianus Cap. VI. §. 2. *Guil.* Fornerius Selection. Lib. I. cap. 19. *Henr. Io.* Arntzenii Specim. Observation. (*Leovardiae* 1761. 8.) cap. 5. und *Car. Fried.* Zepernick ad *Siccamam*, de iudicio centumv. lib. II. cap. 6. not. c. pag. 148.

Eltern ihre Kinder, und Kinder ihre Eltern ohne rechtmäßigen Grund ausſchließen, da die erſtern ſchon durch die Stimme der Natur, als durch ein ſtillſchweigendes Geſetz, aufgefordert werden, die Erbſchaft vor allen andern ihren Kindern, letztern aber das Geſetz der Dankbarkeit für das Geſchenk des Lebens und die Wohlthat der Erziehung die Pflicht auflegt, ihr Vermögen den Eltern aus Liebe zu hinterlaſſen, wenn ſie **turbato mortalitatis ordine** vor denſelben ſterben [89]). Gegen dieſes Unrecht will nun der Geſetzgeber die Kinder und Eltern ſchützen. **Haec vero disposuimus,** ſagt er ausdrücklich Kap. 5. **ut tam parentes, quam liberos** ***a testamentorum iniuria*** **liberemus.** Es ſoll daher die Enterbung oder Präterition der Kinder und Eltern nur dann für gerecht gehalten, und das Teſtament nicht angefochten werden können, wenn nicht nur eine rechtmäßige Urſache vorhanden, ſondern auch dieſelbe im Teſtament namentlich

89) Paulus ſagt *L.* 7. *D. de bonis damnator.* Ratio naturalis quasi *lex* quaedam *tacita*, liberis parentum hereditatem addicit; und von den Eltern ſagt Papinian *L.* 15. *D. de inoff. testam.* Etsi parentibus non debeatur filiorum hereditas propter votum parentum, et naturalem erga filios charitatem: turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus, quam liberis, pie relinqui debet. An einem andern Orte *L.* 7. §. 1. *D. Si tabulae testam. nullae* ſtellt eben dieſer Papinian folgende Vergleichung an. Non sic *parentibus* liberorum, ut *liberis* parentum debetur hereditas. Parentes ad bona liberorum *ratio miserationis* admittit, liberos *naturae simul* et *parentum commune* votum. Man vergleiche über dieſe Stellen *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. T. II. *Operum.* pag. 161. und *Ev.* Otto in Papiniano Cap. 10. §. 2. pag. 247. seqq. (edit. *Bremens* 1743. 8.)

lich angeführt worden iſt. Iſt dieſes nicht geſchehen, ſo iſt die Ausſchließung für ungerecht und unbillig zu halten, und das Teſtament kann angefochten werden, wenn gleich der eingeſetzte Erbe beweiſen könnte, daß der Teſtirer eine rechtmäßige Urſache zur Enterbung gehabt habe. Denn eben dadurch, daß dieſe Urſache im Teſtament nicht angeführt worden iſt, wird die Ausſchließung, wenn ſie auch übrigens mit dem beſten Recht hätte geſchehen können, doch nun ungerecht und pflichtwidrig. Betrachtet man die Sache von dieſer Seite, ſo ſehe ich nicht wohl ein, warum dieſer Fall nicht zur Inofficioſitätsklage geeignet ſeyn ſollte, deren Weſen, wie Juſtinian[90]) ſagt, darin beſteht, daß der Kläger behauptet, er ſey gegen Recht und Billigkeit enterbt oder präterirt worden. Die Vertheidiger des Nullitätsſyſtems räumen ſelbſt ein, daß die Querel des pflichtwidrigen Teſtaments nach der Nov. 115. alsdann begründet ſey, wenn eine rechtmäßige Urſache angeführt worden, welche aber der Wahrheit nicht gemäß iſt. Nun macht das Geſetz zwiſchen beiden Fällen, ob eine Urſache angeführt worden, oder nicht, keinen Unterſchied, ſondern das Teſtament ſoll in dem einen Falle eben ſo, wie in dem andern reſcindirt werden, alſo muß auch in dem einen Falle ſowohl, wie in dem andern die querela inofficiosi Statt finden, weil nirgends geſagt iſt, daß dieſe Klage aufgehoben ſeyn ſolle, und auch keine neue eingeführt worden iſt. Es ergiebt ſich hieraus, daß, wenn gleich durch die Nov. 115. die Inofficioſitätsklage in Rückſicht ihrer Wirkung bey den Kindern und Eltern modificirt worden iſt, ſo iſt ihr doch übrigens ein größerer Wirkungskreis angewieſen, indem ſie nun in manchen Fällen mit glücklichem Erfolg angeſtellt werden kann,

wo

90) *Princ. I. h. t.*

wo ſie ehedem nicht Statt hatte. Denn nach dem ältern Rechte brauchte ſich kein Teſtirer darüber zu erklären, warum er ſeine Notherben exheredirt habe, ſondern das Teſtament blieb gültig, wenn nur der Erbe beweiſen konnte, daß der Enterbte eine gegründete Veranlaſſung zu ſeiner Ausſchlieſſung gegeben hatte. Allein nun iſt die Querel bey Kindern und Eltern begründet, wenn keine Urſache angeführt worden, geſetzt auch daß eine noch ſo wichtige Urſache zur Enterbung vorhanden wäre. Ferner, ſo fiel ehedem die Querel weg, wenn dem Notherben der ihm gebührende Pflichttheil hinterlaſſen worden, es mochte erbeneinſetzungsweiſe, oder unter einem ſingulären Titel geſchehen ſeyn. Allein nach der Nov. 115. kann das Teſtament als pflichtwidrig angefochten werden, wenn den Kindern oder Eltern der Pflichttheil, ohne die verdiente Ehre der Erbeneinſetzung, hinterlaſſen worden iſt. Dahingegen iſt der Gebrauch der Inofficioſitätsklage auf der andern Seite wieder durch die Novelle 115. in ſo weit beſchränkt worden, daß wenn es vorhin faſt ganz dem Gutachten des Richters überlaſſen war, ob er ein Teſtament für pflichtwidrig erkennen wollte, oder nicht, derſelbe nunmehr nach dem neuern Geſetz an beſtimmte Thatſachen gebunden iſt, in Anſehung deren keine ausdehnende Erklärung Statt findet.

Das Reſultat von dieſem allen beſteht nun darin. Sind Notherben nicht inſtituirt, ſo ſind ſie entweder präterirt, oder enterbt worden.

I) Sind ſie präterirt, ſo iſt es entweder

1) in dem Teſtament eines väterlichen Aſcendenten geſchehen; und dann ſind ſie entweder

a) ganz mit Stillſchweigen übergangen.

Hier können die zur Zeit des Teſtaments ſchon gebornen Deſcendenten das Teſtament als von Anfang an nichtig, die **Postumi** aber als **ruptum** anfechten. Sie können ſich auch, wenn ſie wollen, der ***Bon. possessio contra tabulas*** bedienen. Oder

b) der Pflichttheil iſt den Kindern zwar hinterlaſſen, aber nicht auf eine ſolche Art, wie es billig hätte geſchehen ſollen, er iſt ihnen, ohne ſie zu Erben einzuſetzen, blos als ein Legat hinterlaſſen worden.

Hier kann das Teſtament nach der Nov. **115.** als **inofficiosum** angefochten werden. Denn die Präterition iſt in dieſem Falle einer pflichtwidrigen Exheredation gleich zu achten.

2) Iſt die Präterition der Notherben nicht von einem väterlichen Aſcendenten, ſondern von einem andern Teſtirer geſchehen, ſo hat ſie die Wirkung der Exheredation.

II) Sind die Notherben exheredirt, ſo iſt die Enterbung entweder

a) nach der Form des ältern Rechts ungültig.

Hier macht ſie blos das Teſtament eines väterlichen Aſcendenten nichtig. Denn ſie wird einer Präterition gleich geachtet. Oder

b) die Enterbung iſt nach dem ältern Rechte gültig. Hier iſt wieder zu unterſcheiden, ob die Ausſchließung aus einer gerechten und wahren Urſache geſchehen iſt, oder nicht. Im erſten Falle findet gar keine Klage Statt. Im letztern Falle aber kann das Teſtament als pflichtwidrig angefochten werden, und zwar

1) von Kindern und Eltern, wenn ihre Ausſchließung entweder ohne Anführung einer in der Nov. **115.**

be=

beſtimmten Urſache geſchehen, oder die angeführte Urſache zwar eine in dieſem neuern Geſetz gebilligte iſt, deren Wahrheit aber von dem eingeſetzten Erben nicht erwieſen werden kann, jedoch nur in Abſicht auf die Erbeneinſetzung. Alle übrige Verordnungen in dem Teſtament bleiben gültig.

2) Von Geſchwiſtern hingegen, wenn ihnen eine ſchändliche oder verächtliche Perſon iſt vorgezogen worden. Die Rechtmäßigkeit der Urſache ihrer Ausſchließung iſt jedoch, da es hier einer geſetzlichen Beſtimmung fehlt, der Beurtheilung des Richters zu überlaſſen. Die Querel fällt auch bey denſelben ganz weg, wenn ihnen auf jenen Fall der Pflichttheil unter irgend einem Titel, es ſey auf den Todesfall oder unter den Lebendigen, iſt zugewendet worden. Die ihnen zuſtehende Inofficioſitätsklage iſt übrigens ganz die alte, wie ſie vor der Novelle 115. beſchaffen war.

Nach dieſer Darſtellung wäre nun alſo ein *teſtamentum inofficioſum*, ein pflichtwidriges Teſtament, ein ſolches, welches zwar in Abſicht auf die Form an ſich nicht ungültig iſt, aber doch aus dem Grunde angefochten werden kann, weil einem Notherben der ihm gebührende Pflichttheil entweder auf eine rechtswidrige Art durch gänzliche Ausſchließung entzogen, oder wenigſtens nicht auf die Art hinterlaſſen worden iſt, wie es das Geſetz dem Erblaſſer zur Pflicht machte [91]).

§. 552.

91) Weſtphal von Teſtamenten §. 1006. ſagt: „Ein unbilliges, pflichtwidriges Teſtament iſt dasjenige, worin die, welchen man den Pflichttheil ſchuldig war, auf eine ſolche Art davon ausgeſchloſſen worden ſind, daß zwar wider die Form des Teſtaments nichts einzuwenden iſt, aber dennoch der Erblaſſer die Beſchuldigung verdient, daß er ohne rechtmäßige

§. 552.

Verſchiedene Art ein Teſtament, als pflichtwidrig, anzufechten. Begriff der *Querelae inoff. testamenti.* Natur derſelben.

Das Rechtsmittel wider ein pflichtwidriges Teſtament iſt nun die *Querela inofficiosi testamenti*, deren eigenthümliche Natur und Wirkungen ich jetzt noch näher erklären will. Um den Begriff dieſes Rechtsmittels richtiger, als es gewöhnlich, und insonderheit auch hier von unſerm Verfaſſer [92]), geſchieht, zu beſtimmen, muß ich vor allen Dingen bemer-

mäßige Urſache die Ausſchließung vorgenommen habe.“ Haubold hingegen in Diss. de different. inter testamentum nullum et inofficiosum Cap. 2. pag. 7. beſtimmt den Begriff dahin: *Testamentum inofficiosum* est id, in quo aut liberi *ex iusta sed falsa causa a patre* exheredati, aut liberi nepotesve a *matre* vel *avo materno*, parentes item a *liberis*, ac fratres et sorores a *fratribus* et *sororibus* turpi persona instituta, *ex causa iniusta* vel *falsa* exheredati vel omnino praeteriti sunt. Daß es dieſen Begriffen an richtiger Beſtimmung fehlt, iſt ſchon in Steins Verſuche einer theor. pr. Abhandlung über die Lehre des R. R. von pflichtwidrigen Teſtamenten §. 7. gezeigt worden. Die meiſten Rechtsgelehrten ſtimmen jedoch darin überein, daß ein *Testamentum inofficiosum* ein ſolches zu nennen ſey, in quo personae, quibus ex defuncti hereditate debetur legitima, *rite* quidem, sed *inique* et contra officium pietatis exclusae sunt. So Hofacker in Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1692. Reuter in Diss. de effectu querelae inoff. testamenti iuxta. ord. edicti successorii institutae intuitu non querentis §. 20. Nur darin gehen ſie freylich von einander ab, wenn gefragt wird, wann eine Ausſchließung *rite* und wann ſie *inique* geſchehen iſt.

92) Hellfeld ſagt: Querela inofficiosi est *actio competens heredibus necessariis ex iusta quidem, est falsa causa* ex-

bemerken, daß ein Teſtament auf dreyerley Art, als pflichtwidrig, angefochten werden kann, nämlich entweder durch eine Exception, oder durch eine Klage, oder durch eine Replik[93]). Man unterſcheide folgende Fälle. Der ausgeſchloſſene Notherbe iſt entweder in dem Beſitz der Erbſchaft, oder nicht. In dem erſtern Falle kann er ſeine Beſchwerde gegen das Teſtament als eine Einrede vorbringen, wenn ihn der eingeſetzte Erbe mit der Erbſchaftsklage belangt. Hier wird die Querel Präjudiz für die von dem geſchriebenen Erben erhobene hereditatis petitio, und ſie iſt, wie die Klage, auf die Reſciſſion des pflichtwidrigen Teſtaments zu richten. Denn das rechtsgültige Teſtament muß zuvor aufgehoben ſeyn, ehe der Kläger abgewieſen werden kann[94]). Hierher gehört, wenn Ulpian[95]) ſagt: **Si filius exheredatus in possessione sit hereditatis:** scri-

exheredatis, contra heredem in testamento scriptum, ad id, ut testamentum quoad formam recte conditum rescindatur, sibique hereditas ab intestato concedatur.

93) S. *Bern. Henr.* Reinoldi Diss. de causis, in quibus etiam nunc Querela I. T. est necessaria. §. IV. in *Opuscul.* pag. 342.

94) Die Einrede, daß das Teſtament, worauf der Erbe ſeine Klage gegründet hat, pfichtwidrig, und als ein ſolches zu reſcindiren ſey, iſt alſo eine exceptio praeiudicialis, welche die Wirkung hat, daß das Urtheil, ob dem Kläger die Erbſchaft nach dem Teſtament zuzuerkennen ſey, ſolange ſuſpendirt bleiben muß, bis über die Einrede des pflichtwidrigen Teſtaments erkannt worden. S. *Iac.* Raevardus de Praeiudiciis Lib. I. cap. II. und beſonders *Iust Henn.* Boehmeri Diss. de exceptione praeiudiciali Cap. I. §. 11. seqq.

95) *L.* 8. §. 13. *D. h. t.*

scriptus quidem heres petet hereditatem, filius vero *in modum contradictionis querelam inducat*; quemadmodum *ageret*, si non possideret, sed peteret, wo die letztern Worte offenbar den Inhalt des gerichtlichen Antrags bezeichnen, und, wie Schilter[96]) ganz richtig bemerkt, dahin deuten, *ut testamentum*, tanquam inofficiosum, *rescinderetur*. Das Eigene dieſer Querel beſteht darin, daß ſie hier nicht als eine hereditatis petitio erſcheint, wo der Enterbte bereits im Beſitz der Erbſchaft iſt, ſondern als ein bloßes iudicium rescindens zu betrachten iſt, welches doch am Ende, wie jede andere Exception, hauptſächlich nur die Abweiſung des Klägers zum Zweck hat[97]).

In dem letztern Falle hingegen, da der Enterbte nicht in dem Beſitz der Erbſchaft iſt, muß derſelbe als Kläger auftreten, und er kann nun nach ſeinem Gefallen entweder die Inofficioſitätsklage, oder, ohne des pflichtwidrigen Teſtaments in der Klage Erwähnung zu thun, die ſimple *hereditatis petitio* anſtellen, und wenn denn der Erbe dem Kläger die Einrede entgegen ſetzt, daß ein Teſtament vorhanden ſey, worin der Kläger aus einer rechtmäßigen Urſache enterbt worden, ſo kann nun der Kläger in der Replik anführen, daß er die Enterbung nicht verdient habe, indem die Urſache nicht gegründet ſey, und der

96) Praxis iuris Rom. Exercit. XI. §. 32. pag. 244.

97) Man ſehe hier vorzüglich Webers Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. Stück Nr. I. beſonders S. 13. Vergleiche jedoch, was dagegen erinnert worden iſt in der Tübingiſchen allgemeinen juriſtiſchen Bibliothek. 1. Band (Tübingen 1796.) S. 347. folg.

der Beklagte die Wahrheit derſelben nie werde beweiſen können. Er kann daher noch hier das Geſuch anbringen, daß das Teſtament, als pflichtwidrig, reſcindirt, und er, der Kläger, für des Verſtorbenen Inteſtaterben erklärt werde [98]).

Die Querel des pflichtwidrigen Teſtaments wäre nun alſo auf folgende Art richtiger zu definiren, wenn man ſagt, ſie ſey dasjenige Rechtsmittel, deſſen ſich Notherben, welche zwar auf eine an ſich nicht ungültige aber doch unrechtmäßige Art präterirt oder exheredirt worden ſind, wider den eingeſetzten Erben ſowohl, als einen jeden andern in deſſelben Stelle eintretenden Nachfolger bedienen, und welches dahin gehet, daß das errichtete Teſtament, als ein pflichtwidriges, aufgehoben, folglich Kläger für des Verſtorbenen

98) Daß es heut zu Tage angehe, die Beſchwerde wider ein pflichtwidriges Teſtament als Replic anzubringen, iſt außer Zweifel. Man ſehe nur Carrachii Adnotation. ad *Böhmeri* doctr. de actionibus Sect. II. Cap. 3. §. 30. ad v. *poteſt.* und Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1690. Not. b. p. 854. Allein daß dieſes auch dem römiſchen Rechte gemäß ſey, erhellet aus der richtigen Erklärung einer Stelle des Paulus lib. IV. *Receptar Sententiar.* Tit. 5. §. 4. wo er ſagt: *Qui inoffícioſum dicere poteſt, hereditatem petere non prohibetur.* Dieſe Worte haben, wie *Ger.* Noodt in Comm. ad Dig. h. t. (*Operum* Tom. II. pag. 158.) zeigt, offenbar keinen andern Sinn, als den: Wer ein Teſtament als pflichtwidrig anfechten kann, dem iſt es unverwehrt, auch die ſimple Erbſchaftsklage ſogleich anzuſtellen, und kann nachher, wenn ihm die exceptio testamenti entgegen geſetzt wird, dieſelbe durch die Replic entkräften, daß das Teſtament pflichtwidrig und daher zu reſcindiren ſey. Man ſehe auch Vinnius in select. iuris Quaestion. lib. I. cap. 19. in fin.

benen Inteſtaterben erklärt, und, wenn ſie als **Klage** erhoben wird, der Beklagte verurtheilt werde, die Erbſchaft mittelſt eines rechtsbeſtändigen Inventariums oder in deſſen Ermangelung, einer eidlichen Specification dem Kläger mit allen Nutzungen und Zubehörungen herauszugeben [99]). Wird dieſe Querel als Klage gebraucht, in welchem Falle ſie auch *actio inofficiosi* [100]) genennt wird, ſo iſt ſie eine wahre und zwar **qualificirte Erbſchaftsklage**. Denn die Geſetze [1]) ſagen ausdrücklich, **per inofficiosi actionem** *ipsam peti*

99) S. **Schmidts** pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen u. Einreden §. 544. Außerdem ſind noch zu bemerken *Christ. Henr.* Breuning Diss. de differentiis iur. Rom. et Germ. in legitima et querela inoff. test. liberorum. *Lipsiae* 1762. *Car. Frid.* Paelicke Diss. de erroribus quibusdam circa querelam inofficiosi testamenti *Helmstadii* 1763. *Christ. Frid. Benj.* Hommel Diss. de differentiis inter querelam inofficiosi, quae parentibus ac liberis, et quae fratribus competit. *Erfordiae* 1773. *Ge. Casp.* De ahna Diss. de querela inofficiosi testamenti fratrum in specie. *Altorfii* 1697. beſonders *Ed.* Schrader Commentat. de nexu successionis ab int. et querelae inoff. testamenti. *Goett.* 1802. *Christ. Frid. Bern.* Funk Comment. in controv. iur. civ. de nexu inter successionem ab int. et querelam inofficiosi testamenti, an quidem et quatenus ab illa ad hanc argumentum ducit possit? *Goett.* 1802. u. *I. C.* Rodberti Commentat. historico-dogmatica de querela inofficiosi testamenti P. I. continens historiam querelae testam. inoff. usque ad Constantinum M. Imp. *Goettingae* 1802.

100) *L.* 12. §. 3. *L.* 15. §. 2. *D. h. t. L.* 25. *L.* 27. *et L.* 30. *Cod. eodem.*

1) *L.* 8. §. 8. *D. h. t. L.* 20. *L.* 21. §. 2. *L.* 27. §. 3. *D. eod. L.* 7. §. 1. *D. de heredit. petit. L.* 20. *D. de bon. poss. c. Tab.* und *L.* 3. *C. de hered. petit.* Man vergleiche hier **Steins** angef. Abhandl. §. 22. Not. b. S. 79.

peti hereditatem, nec ullam aliam, quam *hereditatis petitionem* exerceri. Ja Juſtinian[2]) nennt die Inofficioſitätsklage eine *hereditatis petitionem ex nomine de inofficioso*. Wenn daher mehrere ſowohl ältere als neuere Rechtsgelehrten[3]) die Inofficioſitätsklage dennoch nur für ein vorbereitendes Rechtsmittel halten wollen, wodurch man ſich blos den Weg zur hereditatis petitio zu bahnen ſuche, und mit welchen alſo nur die Reſciſſion des pfichtwidrigen Teſtaments gefordert, die Herausgabe der Erbſchaft ſelbſt hingegen nur erſt demnächſt mit der nun anzuſtellenden, oder heut zu Tage mit der Querel zu cumulirenden hereditatis petitio bewirkt werden könne, ſo iſt dies eine eben ſo unerweisliche und von andern[4]) längſt widerlegte

2) *L.* 34. *Cod. de inoff. testam.*

3) Raevardus de Praeiudiciis Lib. I. cap. 13. *Franc.* Broeús in Expositionib. in Imp. Iustiniani Institut. h. t. §. 4. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. *Ev.* Otto in Commentar. ad Institut. h. t. in Princ. nr. 6. *Io. Hartw.* Reuter Diss. de effectu querelae inoff. test. iuxta ord. edicti succ. §. 26 — 29. *Ferd. Aug.* Hommel Diss. de victoria querelae inofficiosi tertio proficua. *Lipsiae* 1719. §. 10. Woltaer in Observat. iur. civ. *Fasc.* II. Obs. 27. §. 2 — 4. *Lud. God.* Madihn Princip. iur. Rom. de Successionib. §. 264. und Haubold in Diss. de different. inter testam. nullum et inoff. Cap. IV. pag. 16.

4) *Arn.* Vinnius in select. iur. Quaest. Lib. I. cap. 19. Voet in Comm. ad Pand. h. t. §. 4. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. Oper. pag. 157. *Ant.* Schulting in Iurisprud. Antejust. pag. 396. not. 11. *Luc. van de* Poll de exheredat. et praeterit. Cap. LXXXI. §. 18. seq. Walch Introd. in Controv. iur. civ. pag. 725. Weſtphal von Teſtamenten §. 1019. Hofacker Princip. iur. civ. T. II. §. 1690. not. b. und Schrader in Commentat. cit. §. 53 — 61.

legte Hypotheſe, als Anton Fabers [5]) Meinung, daß die Querel urſprünglich eine Volksklage geweſen wäre. Denn Niemand kann die Inofficioſitätsklage mit Nutzen anſtellen, als dem die Erbſchaft, von welcher er durch das liebloſe Teſtament iſt ausgeſchloſſen worden, auch zunächſt ab intestato zugeſtanden haben würde. Dies lehrt Ulpian [6]) ganz deutlich, wenn er ſagt: Si quis ex his personis, *quae ad successionem ab intestato non admittuntur*, de inofficioso egerit, nemo enim eum repellit, et *casu* obtinuerit, *non ei prosit victoria*, sed his, *qui habent ab intestato successionem*. Man kann alſo wohl ſagen, daß die Inofficioſitätsklage ein Inteſtaterbrecht zum Grunde habe [7]). Dieſem iſt auch nicht entgegen, daß dieſe Querel ein testamentum

5) Rational. ad Dig. ad L. I. h. t. Er beruft ſich auf die *L.* 1. *D. h. t.* welche Stelle er ſo emendirt: Sciendum est, frequentes esse inofficiosi querelas: *omnibus enim de inofficioso licet disputare.* Alles übrige hält er für unächten Zuſatz. Allein dieſe ſonderbare Grille hat ſchon *Corn. van* Bynkershoek in Observat. iur. Rom. Lib. V. cap. 5. zur Genüge widerlegt; zum Ueberfluß auch Schrader cit. Commentar. §. 6.

6) *L.* 6. §. 1. *D. h. t.* Man ſehe, was ich an einem andern Orte (§. 543. S. 3.) über dieſe Stelle bemerkt habe.

7) *Pet. de* Toullieu in Diss. de Querela inofficiosi (in *Collectan.* iur. civ. *Groeningae* 1737. 4. pag. 230. seqq.) ſagt, die Querel des liebloſen Teſtaments ſey zwar von jeher bey den Römern eine wahre petitio hereditatis geweſen, jedoch anfangs nicht ſowohl *ab intestato*, als vielmehr eine *actio ex lege naturae ob delictum neglecti contra pietatem iuste sanguinis.* Allein nach dem neueſten Rechte und heut zu Tage ſey ſie eine bloße *petitio hereditatis ab intestato.* Man ſehe jedoch, was Püttmann in Interpretat. et Observat. Cap. 34. dagegen erinnert hat.

tum rite conditum vorausſetzt. Denn das Daſeyn eines Teſtaments ſchließt die Inteſtaterbfolge nur dann aus, wenn es ein in aller Rückſicht gültiges Teſtament iſt, welches auf keine Weiſe angefochten werden kann. Allein hier iſt von einem pflichtwidrigen Teſtament die Rede, wodurch die Inteſtaterbfolge nicht ausgeſchloſſen, ſondern nur bis zu deſſelben Reſciſſion gehindert wird.

§. 553.

Urſprung der Querelae inofficiosi.

Mit Recht ſchreibt unſer Verfaſſer den Urſprung dieſer Querel einer Erfindung der römiſchen Rechtsgelehrten zu. Dieſes beweiſt die Fiction, welche man bey der Einführung der Querel zu Hülfe nehmen mußte, deren Marcian[8]) gedenkt, unwiderſprechlich. Eines ſolchen Vorwandes, als ob der Teſtirer nicht recht bey Verſtande geweſen ſeyn könne, welcher, taub gegen die Stimme der Natur, ein ſo liebloſes Urtheil über ſeine nächſten Blutsfreunde geſprochen, hätte es, wie Everhard Otto[9]) ſehr richtig bemerkt, nie bedurft, wenn die Inofficioſitätsquerel gleich anfangs durch ein ausdrückliches Geſetz wäre eingeführt worden. Man muß ſich daher billig wundern, wie bey dieſer Evidenz des Beweiſes dennoch die Hypotheſe des Cujaz[10]), daß die Querel durch eine gewiſſe *Lex Glicia*, deren

8) *L. 2. D. h. t.*

9) Commentar. ad Pr. I. h. t.

10) Observat. Lib. II. cap. 21. und Lib. XIV. cap. 14. Beyde Stellen findet man mit den gelehrten Anmerkungen des Herrn Dir. Zepernick abgedruckt bey Siccama de iudicio centumvirali (*Hallae* 1776.) pag. 278—283.

deren in der Inſcription der *L.* 4. *D. h t.* gedacht wird, ſey eingeführt worden, ſoviel Beyfall finden können[11]); noch mehr aber muß man den unnützen Aufwand von Gelehrſamkeit bedauern, mit welchem noch in neuern Zeiten jene Cujazianiſche Hypotheſe, der gründlichen Widerlegung bey Cornelius van Bynkershök ungeachtet[12]), in einer eigenen Schrift[13]) hat unterſtützt werden mögen. Man kann immerhin zugeben, daß die Inſcription der L. 4. D. h. t. CAJUS *lib. singulari ad Legem Glitiam*, ſo wie ſie auch in der Florentine geleſen wird, unverfälſcht, und die darin

11) Dem Cujaz ſind beygetreten *Ant.* AUGUSTINUS de Legibus et SCtis (*Parisiis* 1584. f.) in *L. Glitia* pag. 65. Doch ſchwankt er. *Vereor tamen*, ſagt er, *ne non mendosus hic locus sit.* Mit mehrerer Zuverläßigkeit ſtimmen dem Cujaz bey *Sibr. Tet.* SICCAMA de iudicio centumvirali Lib. II. c. 6. *Io. Vinc.* GRAVINA de Legib. et SCtis cap. 80. (*Oper.* pag. 411. Edit. *Mascov.*) *Dion.* GOTHOFREDUS ad L. 4. D. h. t. *Guid.* PANZIROLLUS in Thes. variar. lection. Lib. II. c. 23. und *Ant.* TERRASSON histoire de la Iurisprud. pag. 125.

12) Observation. Iur. Rom. lib. II. cap. 12.

13) *Car.* LOVARDUS in libro de vera origine querelae inoff. testamenti e Lege Glicia. *Dresdae* 1762. 8. Jedoch weicht (Wolhard) darin ab vom Cujaz, daß er den M. GLAUD. GLICIA für den Urheber des Geſetzes hält, auf deſſen Vorſchlag es während ſeines Tribunats im Jahr 514. oder 516. der Erb. R. ſoll gegeben worden ſeyn; dahingegen Cujaz die *L. Glicia* einem gewiſſen Dictator *Glicia* zuſchreibt, und es ins Jahr der Erb. Roms 504. ſetzt. Die Gründe dieſer Schrift ſind vom H. Dir. Zepernick ad *siccamam* de iudicio centumvirali Lib. II. cap. 6. Not. e. pag. 149. seqq. gründlich geprüft und mit der dieſem eleganten Rechtsgelehrten eigenen Gelehrſamkeit widerlegt worden.

darin erwähnte **Lex Glicia** kein Figment ſey, wofür ſie Bynkershök und Abraham Wieling[14]) halten wollen. Denn die Gründe, welche Chriſt. Henr. Breuning[15]) für die Aechtheit jener Aufſchrift anführt, ſind nicht unerheblich. Und dieſer Meinung iſt auch Carl Friedrich Walch[16]). Allein daraus folgt doch noch nicht, daß durch dieſe *Lex Glicia* die Querel ſey eingeführt worden. Noch viel weniger Beyfall verdient jedoch die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten[17]), welche den Urſprung der Inofficioſitäts-Querel gar erſt aus den Conſtitutionen der Kaiſer herleiten wollen. Denn wie hätte ſchon zu den Zeiten des römiſchen Freiſtaats die Querel gegen liebloſe Teſtamente mit ſolcher Wirkung vor dem Centumviralgericht angeſtellt werden können, als die Beiſpiele bey Valerius Maximus[18]) und Cicero[19]) zeigen, wenn jene Behauptung wahr wäre? Man kann endlich auch die Querel nicht unmittelbar aus dem Edict des Prätors

14) Iurisprud. restituta pag. 66.

15) Diss. de different. iur. Rom. et Germ. in legitima et Querela inoff. T. liberorum. Cap. 4.

16) Diss. de querelae inoff. donationis praescriptione. §. 1. Not. *. pag. 2.

17) *Franc.* Duarenus ad Tit. Dig. de inoff. test. Cap. 2. und *Car. Died.* Reichhelm Diss. de origine querelae inofficiosi testamenti. *Hallae* 1795. 8. Sect. I. §. 7.

18) Lib. VII. cap. 7. Einen ſchönen Commentar über die Stelle des Valerius Maximus hat *Ant.* Schulting in Diss. de testamentis rescissis (*Commentation. academ.* V. I. Diss. 6.) geliefert.

19) In *Verrem* Orat. I. cap. 42.

tors herleiten. Pithöus[20]) iſt zwar dieſer Meinung, und glaubt, daß ſie durch eine Stelle des Paulus[21]) vollkommen unterſtützt werde, welcher ſagt: Qui sui heredes sunt, ipso iure heredes etiam ignorantes constituuntur, ut furiosi, aut infantes et peregrinantes, quibus bonorum possessionis (jus) *propter praetoriam actionem* non erit necessarium. Dieſer Beweis leuchtete auch dem gelehrten Herſteller des Edicti perpetui, Wilhelm Ranchin[22]) dergeſtalt ein, daß er gar keinen Anſtand fand, uns folgende verba Edicti veluti legitima darzuſtellen: *Si quis testamentum inofficiosum dicere velit, eo, quod iniuste se exheredatum aut praeteritum esse queratur, neque ei quarta pars debitae portionis ab intestato relicta fuerit; inofficiosi testamenti intra quinquennium ei actionem dabo.* Dieſe Meinung fand nachher bey mehreren Rechtsgelehrten[23]) Beyfall. Allein wenn gleich nicht zu läugnen iſt, daß der Prätor zuerſt liebloſe Teſtamente umgeſtoßen habe, woran uns eine Stelle des Valerius Maximus[24]) nicht zweifeln läßt; ſo kann doch der Prätor um

20) Ad Collation. Leg. Mosaic. et Romanar. Tit. XVI. §. 3.

21) *Sententiar. Receptar.* Lib IV. Tit. 8. §. 5. in *Ant.* Schulting *Iurisprud. Antejustin.* pag. 408.

22) In Edicto perpet. restit. Lib. V. Tit. 3.

23) *Hier. de* Oroz de Apicibus iur. civ. Lib. I. cap. 5. nr. 13. *Herm.* Vultejus ad Princ. I. de inoff. testam. nr. 3. *Chr.* Besoldus in Delibatis iur. Lib. V. Qu. 17. *Car. Frid.* Paelicke Diss. de erroribus quibusd. circa Querelam inoff. test. Sect. I. §. 2. u. *Henr. Io.* Arntzenius in Specim. Observ. iur. civ. Cap. 5. pag. 28.

24) Lib. VII. cap. 7. Ex. 5. *Egregia quoqae* C. CALPURNII PISONIS, *Praetoris urbani, constitutio. Cum enim ad eum Terentius*

um deshalb nicht für den Urheber der Querel des liebloſen Teſtaments gehalten werden, weil Ulpian[25]) ganz das Gegentheil lehrt, wenn er ſagt: *Non putavit Praetor exheredatione notatos et remotos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos: sicuti nec iure civili testamenta parentium turbant. Sane si velint inofficiosi querelam instituere, est in ipsorum arbitrio.* Der Prätor ſcheint alſo in dem Falle bei Valerius Maximus dem Vater nur die bonorum possessionem *unde cognati* gegeben zu haben, um die Inofficioſitätsklage anſtellen zu können[26]). Es kann daher die *actio praetoria* in der oben angeführten Stelle des Paulus ſchwerlich die Querel des liebloſen Teſtaments andeuten. Ich kann aber doch auch dem Schulting[27]) nicht Recht geben,

tius ex octo filiis, quos in adolescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exheredatum se querelam detulisset: bonorum adolescentis possessionem ei dedit, heredesque lege agere passus non est. Movit profecto Pisonem *patria majestas, donum vitae, beneficium educationis: sed aliquid etiam flexit circumstantium liberorum numerus, quod cum patre septem fratres impie exheredatos videbat.* Valerius Maximus meint hier denjenigen c. Calpurnius piso, welcher im Jahr 542. der Erb. R. unter dem Conſulat des P. Sulpicius Galba und Cn. Fabius Centumalus die Prätur verwaltet hat. S. *Steph.* Pighius Annal. Lib IX. pag. 181. und Patin Familiae Rom. ex nummis pag. 56. Es muß ſonach ſchon über hundert Jahre vor dem Cicero die Querela inofficiosi bekannt geweſen ſeyn. S. Heineccii Diss. de levis notae macula ad L. 27. C. de inoff. test. §. XI. (in eiusdem *Opusculor. varior. Sylloge* Hallae 1735. 4. pag. 281.)

25) *L. 8. pr. D. de bon. poss. contra tab.*

26) S. Schulting Diss. de testamentis rescissis §. 5. pag. 289.

27) Iurisprud. Antejustin. pag. 408. Not. 17.

ben, wenn er darunter die **hereditatis petitio praetoria** oder **possessoria** verſtehen will. Es ſcheint auch nicht, wie Heineccius[28]) annimmt, die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gemeint zu ſeyn, welche der Kr. Alexander, unter welchem Paulus lebte, den Kindern und Abweſenden gegen die unterlaſſene Anſtellung der **Querelae inofficiosi** gegeben hatte[29]); ſondern ich glaube vielmehr, daß Paulus unter der **praetoria actio** das *Interdictum quorum bonorum* verſteht, welches nach der Verordnung der Kr. Severus und Antoninus[30]) auch dem Civil-Erben, und wie Voet[31]) mit Recht behauptet, auch dem **Suus heres** zuſteht. Dieſes Interdict konnte Paulus zu ſeinen Zeiten mit Recht eine **actio praetoria** nennen, da der Prozeß der Interdicte mit dem der Actionen darin übereinkam, daß der Prätor auch hier einen Judex inſtruirte, den Streit zu unterſuchen und zu entſcheiden[32]). Daher braucht Paulus[33]) ſelbſt den Ausdruck *reddere interdicti actionem*. Es bleibt indeſſen alles blos Conjectur, zum Beweis, wie ſchwankend das Argument iſt, welches man aus jener Stelle des Paulus für die Ableitung der Querel aus dem Edict des

28) In Dissertat. cit. §. 10. (*Opuscul. var.* pag. 278.)

29) *L.* 1. *Cod. de in integr. restitut. minor.*

30) *L.* 1. *Cod. Quor. bon.*

31) Comment. ad Pand. T. II. Lib. XLIII. Tit. 2. §. 1.

32) *Ian. a.* Costa in Comment. ad princ. I. de Interdict. von Savigny Recht des Beſitzes §. 34. S. 328.

33) *Sentent. Receptar.* Lib. V. Tit. 6. §. 10. Man ſehe auch *Hug.* Donellus in Commentar. ad Tit. Cod. de Interdict. nr. 4. pag. 571.

des Prätors hernimmt [34]). Die richtigſte Meinung bleibt daher immer diejenige, welche auch von den meiſten Rechtsgelehrten [35]) angenommen wird, nämlich daß die Querela inofficiosi als eine Erfindung der römiſchen Rechtsgelehrten durch die Praxis der Centumviralgerichte eingeführt worden ſey. Mehrere Rechtsgelehrten [36]) wollen jedoch daran zweifeln, daß der *color insaniae* gleich anfangs zur Begründung der Querel ſey gebraucht worden, um das neue Recht an das **12** Tafelgeſetz anzupaſſen, weil urſprünglich nicht blos Blutsfreunde, ſondern auch andere innigverbundene gute Freunde zur Querel wären gelaſſen worden. Man führte die Querel ein, geleitet vom Gefühl der Pflicht, dankbar und gegen ſeine Freunde liebevoll zu ſeyn, zumal da die Rö-

A a 2 mer

34) Vergleiche auch *Io.* Richei Vindiciae Praetoris Rom. et iuris honorarii. (*Lugd. Batavor.* 1748. 8.) §. XV.

35) *Franc.* Hottomann. in Diss. de quarta legitima. Cap. I. Donellus in Comment. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 5. *Ger.* Noodt in Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 156. *Io. Fernand. de* Retes in Adversar. ad h. Tit. Cap. 16. §. 6. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 524.) *Ian. a* Costa ad pr. I. h. t. *Corn. van* Bynkershoek Observat. iur. Rom. Lib. II. cap. 12. *Io. van de* Water Observat. iur. Rom. Lib. I. c. 11. *Io. Gottl.* Heineccius in Opusc. postum. pag. 441. Bach in Histor. iurisprud. Rom. Lib. II. cap. 2. Sect. 5. §. 4. Breuning Diss. de legitima et querela inoff. testam. Cap. 4. *Sim. Pet.* Gasser Diss. de origine querelae inofficiosi. *Hallae* 1739. Haubold Diss. de differ. inter testam. nullum et inoff. Cap. 3. pag. 11. Zepernick ad *Siccamam* de iudic. centumvir. lib. II. c. 6. not. f. pag. 151. Weſtphal von Teſtamenten §. 1010. Höpfner im Commentar §. 534. u. a. m.

36) *de* Water c. l. pag. 56. u. Rodbertus in Comm. de historia querel. test. inoff. Sect. I. §. 5—9. et Sect. II. §. 11.

mer nicht eben aus Geldgeiz, ſondern mehr aus einem gewiſſen Ehrgefühle recht ſehr wünſchten, im Teſtament bedacht zu werden. Erſt in der Folge ſey dieſe Willkühr in Anſehung der Querel beſchränkt, und dieſelbe als ein Mittel für den Nothfall beybehalten worden. Nun erſt, vielleicht gegen die Zeiten des Cäſars und Auguſtus, habe man ihr die bekannte Erdichtung zum Grunde gelegt, welche dann die Urſache geworden, daß man nach der Reſciſſion des Teſtaments die Inteſtaterbfolge eintreten ließ, weil man annahm, der Teſtirer, als ein Nichtſinniger, ſey ohne Teſtament dahingeſtorben. Allein daß auch Nichtverwandte des Teſtirers wären zur Querel gelaſſen worden, iſt eine Hypotheſe, welche ſchon Seger[37]) ſo gründlich widerlegt hat, daß man ſich billig wundern muß, wie ſie dennoch bey mehreren neuern Rechtsgelehrten[38]) hat Beyfall finden mögen.

§. 554.

Wem ſteht die *Querela inofficiosi* zu?

Wer die Querel des liebloſen Teſtaments mit Wirkung anſtellen will, muß nicht nur der nächſte Inteſtaterbe ſeyn, ſondern auch ein Recht zum Pflichttheil haben. Die eine Eigenſchaft iſt allein ohne die andere nicht hinreichend. Denn ſo haben z. B. vollkommen adoptirte Kinder nach der Analogie der Novelle 118. zwar ein Inteſtaterbfolgerecht in Anſehung ihres leiblichen Vaters, allein kein Recht zur Querel,

37) Observation. iuris civ. *Lipsiae* 1768. Obs. 2.

38) Hugo Lehrbuch der Geſchichte des röm. Rechts §. 158. Funk Commentat. de nexu inter success. ab int. et querelam inoff. test. §. 11. Man ſehe jedoch dagegen Schrader in Commentat. eiusd. argum. Sect. I. §. 7.

rel, wie Schrader[39]) ſehr gut gezeigt hat; und unvollkommen Adoptirte beerben zwar ihren Civilvater ab intestato, allein eine Querel können ſie gegen deſſelben Teſtament nicht anſtellen, da ſie keine Notherben ſind[40]), obwohl deren Daſeyn macht, daß die Eltern, denen ſonſt der Pflichttheil gebührt, nun die Querel mit Nutzen nicht anſtellen können, weil ihnen die unvollkommen adoptirten Kinder in der Inteſtaterbfolge vorgehen[41]). Eben ſo iſt es, wenn ein Halbbruder von väterlicher Seite mit leiblichen Geſchwiſter Kindern concurrirt. Hier kann erſter nicht klagen, wenn auch der Teſtamentserbe eine **persona turpis** wäre[42]). Denn er iſt nicht der nächſte Inteſtaterbe, weil ihm nach der Nov. 118. Kap. 3. der leiblichen Geſchwiſter-Kinder bey der Inteſtaterbfolge vorgehen, wenn dieſen gleich kein Recht zur Querel zuſteht[43]). Vor allen können nun dieſe Querel anſtellen

1) Deſcendenten des Teſtirers, inſofern ihnen der Pflichttheil gebührt (§. 543. S. 564. des 6. Theils), ſie mögen zur Zeit des Teſtaments ſchon geboren geweſen ſeyn, oder nicht. Denn auch den *Postumis* ſteht die Querel zu[44]), wie Hellfeld hier mit Recht behauptet. Nur inſofern ſie vom Vater oder väterlichen Aſcendenten ſind präterirt worden, rumpiren ſie das Teſtament. Mehrere Rechtsgelehrten

39) Comm. de nexu succ. ab int. et querelae I. T. §. 30.

40) *L.* 10. *pr. Cod. de adopt.*

41) Man ſehe oben §. 543. S. 18. dieſes 7. Theils.

42) S. Schrader cit. Commentat. §. 69.

43) L. 21. *C. h. t.*

44) §. 2. *I. h. t. L.* 6. *pr. D. eod. L.* 3. *C. eodem.*

ten[45]) ſind zwar der Meinung, daß eine Enterbung eigentlicher **Postumorum** nach der Nov. 115. Kap. 3. nicht mehr gelten könne, weil eine rechtmäßige Urſache der Enterbung bey denſelben durchaus nicht denkbar ſey. Das Teſtament ſey alſo in einem ſolchen Falle ſchon an ſich nichtig. Allein dieſe Meinung beruhet auf der Vorausſetzung, daß die Anführung einer rechtmäßigen Urſache zur Form und Gültigkeit der Exheredation erfordert werde, welche doch nur, wie oben gezeigt worden, zur Rechtmäßigkeit derſelben erfordert wird. Es iſt daher ſolchen **Postumis** die Inofficioſitätsklage um ſo gewiſſer, da das Unrecht der Enterbung hier am Tage liegt. Eine Abänderung des ältern Rechts in Anſehung der Enterbung der **Postumorum** läßt ſich alſo nicht wohl behaupten[46]). Den legitimen leiblichen Kindern ſteht nun die Querel zu, ſie mögen noch in väterlicher Gewalt oder emancipirt ſeyn, und die letztern bedürfen auch, wie

45) *de* Retes in Adversar. de inoff. testam. Cap. XVIII. §. 6. *de* Cocceji in iure civ. controv. h. t. Qu. 14. Weſtphals Theorie des R. R. von Teſtamenten §. 571. Wiesand Opusc. iurid. Specim. IV. Obs. 4. pag. 43. Walch Introd. in controv. iur. civ. pag. 208.

46) Hierin ſtimmen überein Voet in Comm. ad Pand. h. t. §. 5. Noodt Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 159. Reinold Diss. de causis, in quibus etiam nunc querela inoff. test. est necessaria §. 8. (in *Opusc.* pag. 347.) Reuter Diss. de effectu querelae inoff. test. §. 31. Paelicke Diss. de erroribus quibusd. circa querel. inoff. testament. Error. 4. Malblanc Dig. Tom. III. §. 697. insbeſondere Fried. Wilh. Gambsjäger in der Schrift unter dem Titel: rechtliche Frage über einen von dem mütterlichen Großvater in einer letzten Willensmeinung übergangenen Enkel. (Mannheim 1805. 8) §. 12. u. 13.

wie ſchon oben (§. 551. S. 334.) gezeigt worden iſt, nach dem neueſten röm. Rechte der bonorum possessio nicht mehr, die ſie ehemals litis ordinandae causa ſuchen mußten[47]). Nur die emancipirten Adoptivkinder ſind von dieſer Querel gänzlich ausgeſchloſſen[48]). Auch arrogirte Unmündige haben die Querel nicht, ſondern müſſen ſich mit der Quarta D. Pii begnügen, weshalb ihnen blos eine Condictio zuſteht[49]). In Anſehung der Mutter ſteht hingegen die Inofficioſitätsklage auch den unehlichen Kindern zu, ſo weit ſie dieſelbe ab intestato beerben[50]). Es behaupten auch mehrere Rechtsgelehrten[51]), daß die Adoptivkinder der Frauensperſonen, wenn die Adoption vom Landesherrn beſtätiget worden iſt, gegen das Teſtament der Adoptivmutter die Inofficioſitätsklage anſtellen könnten. Sie berufen ſich theils auf eine Stelle Ulpians[52]), welcher ſagt: Quoniam femina nullum adoptare filium *sine iussu Principis* potest, nec *de inofficioso testamento* eius, quam

47) Anderer Meinung iſt zwar Hofacker Princip. iur. civil. T. II. §. 1693. Allein dieſe Meinung ſtimmt mit den §. 1647. vorgetragenen Grundſätzen nicht überein.

48) §. 4. *I. de exheredat. liberor.*

49) *L.* 8. §. 15. *D. h. t.* Man ſehe auch oben. §. 543. I. 4. u. §. 544. nr. I.

50) *L.* 29. §. 1. *D. h. t.*

51) Meier in Colleg. argentorat. Tit. de adoptionib. Th. 56. Finestres in Praelect. ad h. t. tit. Cap. III. §. 25. pag. 54. Thibaut Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 1. B. Abhandl. 15. S. 339. und Deſſelben System des Pand. Rechts 1. B. §. 491. Schrader Comment. de nexu succ. ab int. et querelae inoff. §. 33. Weber zu Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 532. Not. 3. S. 603.

52) *L.* 29. §. 3. *I. h. t.*

quam quis sibi matrem adoptivam *falso* esse existimabat, agere potest. Man ſchließt hieraus a contrario, daß eine wahre Adoptivmutter, welche mit Erlaubniß des Landesherrn ein Kind angenommen, ihr Adoptivkind nicht ohne hinlänglichen Grund enterben könne, weil ſonſt das ganze Raiſonnement widerſinnig wäre, wenn das Gegentheil Statt gefunden hätte. Theils gründet man dieſe Meinung auf die Verordnung der Kaiſer Diocletian und Maximian[53]), welche an eine gewiſſe Syra auf folgende Art reſcribirt haben: Mulierem quidem, quae nec suos filios habeat in potestate, arrogare non posse, certum est. Verum quoniam *in solatium amissorum tuorum filiorum* privignum tuum cupis vicem legitimae sobolis obtinere, annuimus votis tuis, secundum ea, quae annotavimus: *et eum perinde atque ex te progenitum*, ac *vicem naturalis legitimique filii habere permittimus*. In dieſen Stellen wird nun freylich nicht ausdrücklich geſagt, daß der Adoptivſohn eines Weibes gegen das Teſtament ſeiner Adoptiv-Mutter, in welchem er enterbt oder übergangen worden iſt, die Inofficioſitätsklage anſtellen könne. Noodt[54]) und Pothier[55]) haben auch noch inſonderheit gegen die erſtere Stelle des Ulpians errinnert, daß die Worte: *sine iusso Principis* für ein tribonianiſches Emblem zu halten wären[56]). Ueberdem iſt das Argument aus Ulpians Fragment nur ein argumentum a contrario, dergleichen bey der Erklärung ſolcher Fragmente, welche aus den

53) *L.* 5. *Cod. de adopt.*

54) in Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 159.

55) Pandect. Iustinian. h. t. nr. VI. not. m. Tom. I. pag. 189.

56) Man ſehe jedoch, was ich dagegen im 2. Theil dieſes Commentars Tit. *de adopt.* §. 149. Not. 81. S. 347. erinnert habe.

den liberis miscellaneis der römiſchen Juriſten, z. B. aus den libris *opinionum*, wie die angeführte *L.* 29. *h. t.* ferner *quaestionum* und *responsorum*, worin ſie blos einzelne Fälle und Rechtsfragen entſchieden, entlehnt worden, mit vieler Behutſamkeit zu gebrauchen ſind[57]). Hierzu kommt daß es an ſich unwahrſcheinlich und mehr als inconſequent zu ſeyn ſcheint, die von einem Weibe geſchehene Adoption wirkungsreicher, als die von einer Mannsperſon, ſeyn zu laſſen[58]). Daher behauptet ſogar Anton Faber[59]), die oben angeführte *L.* 29. §. 3. *h. t.* ſey durch die *L.* 10. *C. de adopt.* aufgehoben. Demohngeachtet iſt nicht zu läugnen, daß in der *L.* 5. *C. de. adopt.* für jene Meinung doch immer ein ſehr ſtarkes Argument liegt. Denn ſoviel iſt doch gewiß, daß das Adoptivkind ſeine Adoptivmutter ab intestato beerbt, und mehr wird ja bey Kindern nicht erfordert, um Noth-

57) *Ger.* Noodt Probabil. lib. I. cap. 3. §. 4. Lib. IV. cap. 5. §. 2. *Henr.* Brenkmann Diss. de Legum inscriptionibus §. 13. (in Wieling *Iurispr. Restitut.* T. II. pag. 159.) *Ger.* Schrader Observat. iur. civ. Lib. I. cap. 5. *Pet. de* Toullieu Collectan. iur. civ. pag. 358. Höpfners Commentar §. 532. Not. 3. S. 603. Bey andern Stellen des röm. Geſetzbuchs, die wirkliche und als ſolche urſprünglich bekannt gemachte Geſetze enthalten, iſt das argumentum a contrario ein gültiges und wichtiges Argument, wofür es Papinian ſelbſt erklärt *L.* 1. *pr. D. de offic. eius, cui mand. est. iurisd.* S. *Dan.* Fellenberg Iurisprud. antiqua Tom. II. pag. 500. und Zachariae Versuch einer allgemein. Hermeneutik des Rechts pag. 137. folg.

58) S. die Bibliothek kleiner juriſt. Schriften von Hübner u. Tittmann 3. Band S. 571. Not. *.

59) Rational. ad L. 29. §. 3. D. h. t. Man ſehe jedoch dagegen Thibaut Verſuche I. Thl. S. 340. Not. 13.

Notherben mütterlicher Aſcendenten zu ſeyn. Bey dem Vater iſt dieſes nicht der Fall. Es iſt daher ganz unrichtig, wenn einige Rechtsgelehrten [60]) den natürlichen Kindern in dem Falle, da ſie ihren Vater zu 1/6 ab intestato beerben, dieſer Portion wegen im Ausſchließungsfalle die **Querelam inofficiosi** geſtatten wollen. Denn kein Geſetz giebt ihnen dieſes Recht. Sie ſind ja überdem keine ſolche Deſcendenten, welche jemals zur Inteſtaterbfolge *ex asse* gelangen können, ſondern genau genommen nur als *successores singulares* in Anſehung ihres Sechstheiles anzuſehen [61]).

Nach den Deſcendenten kommen **2)** die Aſcendenten zur Querel, inſofern ihnen der Pflichttheil gebührt, (§. **543.** no. **II.** [62]) und zuletzt die Geſchwiſter, wenn ihnen eine infamirte oder ſchändliche Perſon iſt vorgezogen worden, jedoch auch dann nur die vollbürtigen, und Halbgeſchwiſter von väterlicher Seite. Die **Uterini** ſind ausdrücklich von der Querel ausgeſchloſſen [63]) und durch die Nov. **118.** iſt hierin nichts geändert, wie ſchon oben (§. **543.** S. **14.**) ausführlich gezeigt worden iſt. Wenn eini-

60) Cujacius ad Nov. 18. et in Observat. Lib. II. c. 21. Lib. III. cap. 8. Lib. XIV. cap. 4. Treutlerus Vol. I. Disput. XIII. Th. 12. Harpprecht in Comm. ad Institut. Lib. II. Tit. 18. §. 2. nr. 4.

61) Man vergleiche Finestres in Praelect. ad h. t. Cap. III. §. 3. Bachovius ad *Treutlerum* c. l. Schrader in Comm. cit. §. 37. und beſonders die *Bibliothek kleiner iurist. Schriften* von Hübner u. Tittmann 3. Band. pag. 571. Not. **).

62) Im 6. Theile dieſes Commentars S. 569. ff.

63) *L. 27. C. h. t.*

einige Rechtsgelehrten[64]) der Meinung ſind, daß Brüder und Eltern in dem Falle, da ehrloſe Perſonen zu Erben eingeſetzt ſind, zuſammen die Querel anſtellen könnten, ſo liegt hier der oben in ſeiner ganzen Blöße dargeſtellte Fehlſchluß zum Grunde, als ob Gleichheit des Rechts in Rückſicht der Inteſtaterbfolge auch Rechtsgleichheit in Beziehung auf Notherbrecht begründe (§. 543. S. 8 — 12). Es ſind auch die von mir an einem andern[65]) Orte darüber noch ausführlicher dargelegten Gründe durch die ſeichte Widerlegung in einer mehrgedachten neuern Schrift[66]) bey weitem nicht entkräftet worden. Soviel iſt jedoch gewiß, daß die vollbürtigen Geſchwiſter bey der Querel den **consanguineis** vorgehen, weil den letztern kein Inteſtaterbrecht zuſteht, wenn leibliche Geſchwiſter vorhanden ſind. (§. 543. S. 18. u. 19.) Außer den gedachten Notherben kommt Niemanden weiter ein Recht zur Querel zu, auch nicht einmal den Geſchwiſterkindern, wenn ſie gleich Juſtinian in einer Claſſe mit den Geſchwiſtern zur Inteſtaterbfolge ruft, wie oben (S. 12. lit. c.) gezeigt worden iſt. Es bleibt alſo noch immer ein ſehr guter Rath, den Ulpian[67]) giebt, wenn er ſagt: **Cognati, qui sunt ultra** **fra-**

64) Sie ſind oben §. 543. S. 5. u. folg. dieſes 7. Theils angeführt. Ihnen iſt noch beyzufügen Weber zu Höpfners Commentar. §. 534. Not. (*) S. 605.

65) In Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitatae §. 6. (*Opuscul.* Fasc. III. pag. 47. seqq.)

66) Schrader in Comment. saepius cit. §. 77. Man ſehe dagegen die Bibliothek kl. iurist. Schriften v. Hübner u. Tittmann 3. B. pag. 574. Not. *). Mit mir ſtimmt auch überein Thibaut im System des Pand. R. II. B. §. 810. S. 222.

67) *L.* 1. *D. h. t.*

fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, *cum obtinere spem non haberent.*

Es ergiebt ſich hieraus, daß bey dem Gebrauche der Querel die *Successio ordinum* Statt findet, und dieſe tritt ein, wenn derjenige Notherbe, dem die Querel zunächſt zuſteht, dieſelbe nicht erheben will, oder kann, oder die Klage zwar angeſtellt, aber den Prozeß verloren hat. Hier rückt die folgende Claſſe der Notherben in die Querel ein. Paulus[68]) ſetzt dies außer allem Zweifel, wenn er ſagt: Si is, qui *admittitur* ad accusationem, *nolit*, aut *non possit* accusare; an *sequens* admittatur, videndum est; et *placuit*, *posse:* ut fiat *successioni*[69]) locus;
und

68) *L.* 31. *pr. D. h. t.*

69) Es iſt hier von keinem edicto successorio die Rede, welches hier Bartolus und mehrere neuere Rechtsgelehrten mit ins Spiel bringen wollen. Denn dieſes hat einen ganz andern Zweck, und mit der Querel, als einem Inſtitut des bloßen Civilrechts, gar nichts zu ſchaffen, wie ich in meiner Diss. de constituenda legitimae port. parent. quantitate §. 6. (*Opuscul.* Fasc. III. pag. 58. seqq.) ausführlich gezeigt habe. Mit mir ſtimmt auch überein Herr Kanzl. Koch in der Bonorum possessio §. 27. S. 289. Eben ſo wenig iſt es aber auch für eine *Successio* zu halten, wenn der nächſte übergangene Inteſtaterbe kein Notherbe iſt, aber doch denjenigen, welcher ein Recht zur Querel hat, hindert, dieſelbe bey deſſen Leben, und ohne ſich ſeines Erbrechts auf dieſen Fall begeben zu haben, anſtellen zu können, welches Schrader cit. Comm. §. 82. und 95. auch für eine Art der *Successio in querela inoff.* halten will. Z. E. wenn ein frater consanguineus mit eines vollbürtigen Bruders Sohn concurrirt, und eine persona turpis inſtituirt iſt. Es kommt auch in dieſem Falle, wo der Bruder nicht klagen konnte, auf den noch unvollendeten Ablauf der Verjährungs-
zeit

und Papinian[70]) erläutert dieſes mit folgendem Rechtsfalle: Pater filium emancipavit, et nepotem ex eo retinuit; emancipatus suscepto postea filio, duobus exheredatis, patre praeterito, vita decessit: in quaestione de inofficioso testamento, praecedente causa filiorum, patris intentio adhuc pendet. Quodsi contra filios judicetur, pater ad querelam vocatur, et suam intentionem implere potest. Wenn alſo Jemand ſeine Kinder enterbt, und ſeine Eltern präterirt, daneben aber eine fremde Perſon zum Erben eingeſetzt hat; ſo ſind die Deſcendenten des Teſtirers die erſtern, welche zur Querel kommen, wollen dieſe aber nicht klagen, oder ſie können nicht mehr klagen, weil die Querel präſcribirt iſt, oder ſie haben den Prozeß verloren, ſo ſind nun die Eltern die nächſten, die zur Querel zu laſſen ſind. Sind keine Eltern da, oder wollen dieſe die Querel nicht anſtellen, ſo kommt es darauf an, ob eine ehrliche oder eine unehrliche Perſon eingeſetzt iſt. Im letztern Falle haben nun auch die Geſchwiſter ein Recht zur Querel, und zwar diejenigen zuerſt, welche zur Inteſtaterbfolge die nächſten ſind[71]).

So

zeit nichts an, weil einer actioni nondum natae keine Verjährung läuft. Man ſ. die *Bibliothek klein. iur. Schriften* v. Hübner u. Tittmann 3. B. pag. 576. Not. **).

70) *L.* 14. *D. h. t.*

71) S. *Franc.* Duareni Comment. in Dig. h. t. Cap. VIII. in fin. (*Oper.* pag. 178. edit. *Francof.* 1592. f.) *Reinh.* Bachovius ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XIII. Th. 5. lit. C. et D. pag. 524. *Ant.* Faber in Rational. ad L. 31. D. h. t. *Pet. de* Greve in Exercit. ad Pandect. loca difficiliora Exerc. VII. §. 24. pag. 189. *Ant.* Schulting Thes. controvers. Decad. XV. §. 9. (in Commentat. academ. Vol. III. pag. 44.) Struv

Synt.

So unbezweifelt jedoch die Succeſſio ordinum in der Querel iſt, ſo ſtreitig iſt die Frage, ob es in der Querel auch eine *Successio graduum* gebe? Der Sinn dieſer Frage iſt, wenn in derſelben Claſſe (ordo) mehrere Perſonen verſchiedenen Grades vorhanden ſind, und der nächſte Notherbe, der zur Querel berechtiget iſt, nicht klagen will oder kann, iſt nun die in dem nämlichen ordo im Grade folgende Perſon zur Querel zu laſſen, und der folgende ordo auszuſchließen? Findet alſo eine *Successio de gradu ad gradum in eodem ordine* bey der Querel Statt? Mehrere Rechtsgelehrten [72]) tragen kein Bedenken, dieſe Frage zu bejahen. Allein die verneinende Meinung, welcher auch die meiſten ältere und neuere Rechtsgelehrten [73]) beypflichten, ſcheint mir den Vorzug zu verdienen. Es ſind hier beſonders zweierley Fälle zu erörtern.

I) Der

Synt. iur. civ. Ex. X. Th. 19. Wissenbach Exercitat. ad Pand. Disp. XVII. Th. 5. *de* Cocceji in iure civ. controv. h. t. Qu. 17. *Lud. God.* Madihn Princip. iur. Rom. de Success. §. 142.

72) Vinnius Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 20. Donellus Commentar. iur. civ. Lib. XIX. cap. 7. Noodt Comment. ad Pand. h. t. (*Oper.* T. II. pag. 163.) Westenberg de portione legitima Diss. II. Cap. 2. §. 15. und Ebenderſelbe in Dig. h. t. §. 19. Pothier Pand. Iustinian Tom. I. h. t. Nr. X. not. a. pag. 190. Reuter Diss. de effectu querelae inoff. test. iuxta ord. edicti successorii institut. §. 33. et 34. und Malblanc in Princip. iur. Rom. sec. ord. Digest. Tom. III. §. 697. not. x. pag. 852.

73) Voet in Comm. ad Pand. h. t. §. 6. *Ant.* Faber de errorib. Pragm. Decad. XXIX. Err. 5. *Io. a* Sande Decision. aurear. Lib. IV. Tit. 9. Definit. 7. Bachov ad *Treutlerum* cit. loc. Gomez Resolut. var. Tom. I. Resolut. 11. nr. 21.

Luc.

I) Der Vater hat ſeinen Sohn enterbt, und den von dieſem gezeugten rechtmäßigen Enkel präterirt. Der enterbte Sohn hat den Vater überlebt, er will aber, oder kann die Querel nicht anſtellen; oder er ſtellt ſie an, allein er verliert den Prozeß. Kann nun nicht der von dem Großvater präterirte Enkel eintreten, und die Querel anſtellen? Nein, ſofern in Rückſicht ſeiner keine Transmiſſion der Querel eintritt (§. 551. S. 311.), kann er nicht einrücken. Denn

1) iſt in dieſem Falle der Enkel für keinen Notherben zu halten, wenn deſſen enterbter Vater den Großvater überlebt hat. Paulus[74]) ſagt dieſes ausdrücklich: **Si filium exheredavero, nepotemque ex eo praeteriero, et alium heredem instituero, et *supervixerit filius post mortem meam*, licet ante aditam hereditatem decesserit, *non tamen nepotem rupturum testamentum*, Julianus et Pomponius et Marcellus aiunt.** Eben dieſes beſtärkt Ulpian[75]) noch durch den wichtigen Grund: ***cum nec exheredari huiusmodi nepos deberet ab avo, quem pater praecedebat.*** Der Enkel iſt alſo hier als nicht vorhanden anzuſehen, deſſen Vater zur Zeit des Todes des Groß-

Luc. van de Poll de exhered. et praeterit. Cap. LXXIX. et LXXX. Lauterbach Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 23. Schulting Thes. controv. c. l. §. 10. *de* Cocceji c. l. Weſtphal Theorie des röm. Rechts von Teſtamenten §. 1022. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1697. not. b. Koch Bonorum possessio §. 27. S. 290. Thibaut System des Pandekt. Rechts 2. B. §. 810. S. 222. folg.

74) *L.* 9. §. 2. *D. de liberis et postum.*

75) *L.* 6. *pr. D. de iniusto rupt. et iur. testam.*

Großvaters noch lebt. Wie kann ihm alſo ein Recht zur Querel zuſtehen?

2) Auch der Prätor giebt in dieſem Falle dem präterirten Enkel nicht einmal die **Bonorum possessio**, wie Paulus[76]) bezeugt, wenn er ſagt: **Si quis filium, quem in potestate habuit, instituerit heredem: vel exheredaverit, et ex eo** ***nepotem*** **omiserit:** ***bonorum possessioni locus non est:*** **quia non esset nepos** ***suus heres*** **futurus. Eadem sunt et** ***in sequentibus gradibus.*** Ja

3) Juſtinian[77]) verſagt ausdrücklich dem Enkel die Querel, wenn ſein Vater durch Verjährung oder Entſagung davon ausgeſchloſſen wurde. Vor Juſtinian hatte ſich der Enkel auch nicht einmal in dem Falle einer rechtlichen Hülfe zu erfreuen, wenn ſein enterbter Vater während der Zeit, da der **heres scriptus** deliberirte, ſtarb, ehe er ſich zur Querel angeſchickt hatte. Die **Lex** ***Junia Velleja*** konnte wenigſtens dem Enkel nichts helfen, wenn der Erbe die Erbſchaft nachher antrat. Denn nach dieſem Geſetz rückte der Enkel nur dann in die Stelle ſeines Vaters ein, wenn dieſer vor dem Großvater verſtorben war. Allein hier hat ſein Vater den Großvater überlebt. Dieſe Härte des ältern römiſchen Rechts änderte nun zwar Juſtinian, aber doch nur blos in dem bemerkten Falle ab. Hier ſoll der Enkel ein gleiches Recht, wie ſein Vater haben, und die Querel **ex persona patris sui** anſtellen dürfen, wenn gleich deſſelben Vater ohne ſchon gemachte Zubereitung zur Querel geſtorben wäre. Es muß nur aber freylich nicht etwa der Erbe beweiſen können, daß des Enkels Vater die Enterbung

76) *L.* 4. §. 1. *D. de bonor. possess. contra tab.*
77) *L.* 34. *Cod. h. t.*

bung verdient habe, oder daß derſelbe wegen des ihm gebührenden Pflichttheils ſchon auf andere Art zufriedengeſtellt worden ſey. Denn ſonſt fällt die Querel ganz weg, und der Enkel kann allenfalls nur auf die Ergänzung des Pflichttheils klagen. Weiter, als in dem bemerkten Falle, will aber auch Juſtinian ſelbſt dem präterirten Enkel keine Hülfe angedeihen laſſen, ſondern es ſoll bey dem Alten bleiben, wonach der Enkel nicht in die Querel einrückte, wenn ſich deſſelben Vater der Querel bey ſeinem Leben ausdrücklich begeben, oder derſelbe das Quinquennium, ſeitdem der Erbe die Erbſchaft angetreten, hat verſtreichen laſſen. Dies iſt, wie ich glaube, die richtige Darſtellung des wahren Sinnes der merkwürdigen Conſtitution des Kaiſers Juſtinian, die hier alles entſcheidet. Sie lautet wörtlich ſo: Si quis filium suum exheredatum fecerit, alio scripto herede; reliquerit autem ex eo nepotem vel vivum, vel in ventre nurus suae constitutum; deliberante vero scripto herede filius exheredatus decesserit, nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta, vel praeparata; omne adjutorium nepotem dereliquit: neque enim pater nepoti aliquod ius, cum decesserit, contra patris sui testamentum dereliquit; quia postea et adita est ab extraneo hereditas, et supervixit avo pater eius: ut neque ex *lege Velleia* possit in locum patris sui succedere, et rescindere testamentum. Et hoc nonnulli Jurisconsulti in medium proponentes *inhumane* religuerunt. Sed nos — secundum quod possibile est, omnium commodis prospicientes, jubemus, *in tali specie eadem iura nepoti dari, quae filius habeat: et si praeparatio facta non est ad inofficiosi querelam instituendam, tamen posse nepotem eandem causam pro-*

proponère. Et si non heres apertissimis probationibus ostenderit, ingratum patrem nepotis circa testatorem fuisse, testamento remoto, ab intestato eum vocari, nisi certa quantitas patri eius, minor parte legitima, relicta est. Tunc etenim secundum novellam nostri numinis constitutionem[78]) repletio quartae partis nepoti superest, si qua patri eius competebat, ut perfruatur nostro beneficio, a vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus, nisi *pater adhuc superstes vel repudiavit querelam, vel quinquennio tacuit, scilicet post aditam hereditatem.* Dieſe Conſtitution ſetzt nun außer allen Zweifel, daß wenn dem präterirten Enkel nicht ex persona patris die Transmiſſion der Querel zu Statten kommt, derſelbe ex persona propria vermöge der *successionis graduum*, die ohnehin in ordine liberorum weder nach dem damaligen Civilrechte noch nach dem Edict des Prätors Statt hatte[79]), kein Recht habe, die Querel anzuſtellen, die ſein enterbter Vater nicht anſtellen wollte oder konnte. Zwar wenden unſere Gegner ein, daß das Geſetz die Frage gar nicht berühre, von welcher hier die Rede ſey, nämlich ob der präterirte Enkel eines enterbten Sohns gegen das Teſtament ſeines Großvaters die Querel ex propria persona anſtellen könne, ſondern Juſtinian habe dem Enkel auch ſogar erlaubt, das Teſtament des Großvaters ex persona patris als deſſelben Erbe anzufechten, wenn ihm nämlich dieſes vortheilhafter wäre, z. B., wenn er etwa für ſeine Perſon die Enterbung verdient haben ſollte. Nach Juſtinians Conſtitution habe nun alſo der Enkel des enterbten Sohns, wie

78) *L.* 30. *Cod. h. t.*

79) Man ſehe hier meine Erört. der Lehre von der Inteſtaterbfolge §. 84. u. 85.

wie ſie glauben, die Wahl, das großväterliche Teſtament entweder *ex propria persona* oder *ex persona patris* anzufechten, je nachdem ihm dieſes oder jenes vortheilhafter wäre [80]). Allein wie ſehr durch dieſe Erklärung der wahre Sinn des Geſetzes entſtellet werde, leuchtet in die Augen. Denn wie hätte wohl Juſtinian ſagen können, *omne adiutorium nepotem dereliquisse ante suam constitutionem*, ja wie hätte Juſtinian den Alten der Vorzeit den Vorwurf machen können, *eos hoc inhumane reliquisse*, wenn der Enkel *ex persona propria* als proxime sequens diverso gradu in eodem ordine die Querel gegen das großväterliche Teſtament hätte anſtellen können? Wer ſollte auch glauben, daß Juſtinian einem Enkel hätte zu Hülfe kommen wollen, der die Enterbung verdient hat? Ueberdem gedenkt ja Juſtinian ausdrücklich auch eines ſolchen Enkels, *qui in ventre nurus suae constitutus est*. Wie läßt ſich bey dieſem eine gerechte Enterbung gedenken [81])? Es iſt alſo wohl außer Zweifel, daß Juſtinian in ſeiner Conſtitution als bekannt angenommen habe, daß der Enkel, deſſen enterbter Vater den Großvater überlebt hat, *ex sua persona* keine Querel habe, ſondern in dem vom Geſetzgeber beſtimmten Falle nur durch die Transmiſſion ein Recht, dieſelbe *ex persona patris* anzuſtellen, erhalte, in welchem

80) Reuter in Diss. cit. §. 33. am Ende pag. 36. ſagt: *Quem enim ad modum magis sua interdum interest, posse ex propria persona queri, dum ipse quidem ab officii religione nunquam declinarit, a qua recessit forsan, ex cuius persona actionem intendit; ita quoque nepoti, digno, qui exheres scribatur, expedit, non suam, sed patris immerito exclusi iniuriam vindicare, querelamque ideo etiam non praeparatam movere.*

81) Man ſehe Schrader Commentat. cit. §. 86—89.

Falle ihm denn aber freylich die Einrede entgegen geſetzt werden kann, der Vater habe die Enterbung verdient. Dahingegen iſt der Enkel von aller Rechtshülfe verlaſſen, wenn der Vater noch lebt, und dieſer ſich der Querel begeben, oder die Zeit verſäumt hat, binnen welcher ſie hätte angeſtellt werden müſſen [82]). Ob ein Gleiches in dem Falle zu behaupten ſey, wenn der enterbte Vater des Enkels noch vor Ablauf des Quinquenniums, jedoch erſt nach angetretener Erbſchaft, ſtarb, ohne ſich zur Klage angeſchickt zu haben, ſagt das Geſetz zwar ausdrücklich nicht, daß indeſſen auch hier der Enkel von der Querel auszuſchließen ſey, iſt dem Geiſt des Geſetzes allerdings gemäß [83]).

Man führt noch zur Begründung der **successio graduum** in der Querel an, daß nach dem neuern Rechte das ſucceſſoriſche Edict des Prätors in allen Claſſen, und alſo auch **in Ordine liberorum**, auf die Grade erſtreckt worden ſey, man ſchließt alſo hieraus, daß es auch bey der Querel gelten müſſe [84]). Allein iſt gleich nicht zu läugnen, daß nach

82) Man wird ſich hiervon noch lebhafter überzeugen, wenn man hiermit die *Basilica* vergleicht, in welchen Tom. V. Lib. 39. pag. 215. die letztern Worte der *L.* 34. *C. h. t.* ſo gefaßt ſind: *εἰ δὲ ὁ πατὴρ αὐτοῦ ἔτι περιὼν παρητήσατο προφανῶς τὴν κατὰ τῆς διαθήκης μεμψιν, ἢ τη παραδρομῇ της πενταετιας απεκλαίσθή, οὐκέτι βοηθεῖται ὄντος ὁ ἔκγονος.* d. i. nach Fabrots Ueberſetzung: ***Sed si pater eius adhuc superstes palam repudiaverit querelam, vel quinquennii cursu exclusus sit, non est, quo succurri nepoti possit.***

83) Schrader cit. commentat. §. 87.

84) Man ſ. Malblank Dig. T. III. §. 697. not. x. pag. 852.

nach dem neuen, durch die Nov. 118. Kap. 1. eingeführten Inteſtatſucceſſions-Syſtem die successio graduum auch in ordine liberorum Statt finde[85]), ſo läßt ſich doch von der Successio in der Inteſtaterbfolge, ohne klare Rechtsverfügung, kein gültiger Schluß auf das Recht zur Querel machen, wie ſchon oben (S. 9. u. folg.) ausführlicher gezeigt worden iſt[86]). Nun iſt unerweislich, daß Juſtinian die in der L. 34. C. h. t. enthaltene Grundſätze durch ein neueres Geſetz abgeändert habe. Endlich beruft man ſich noch auf eine Stelle des Pomponius[87]), welcher ſagt: Si filius *emancipatus* non petierit bonorum possessionem, ita integra sunt omnia *nepotibus*, atque *si filius non fuisset*: ut *quod filius habiturus esset*, petita bonorum possessione, hoc *nepotibus ex eo solis*, non etiam *reliquis* adcrescat. Allein auch dieſe Stelle paßt auf die Querel ganz und gar nicht, um daraus eine successio graduum bey derſelben zu beweiſen. Pomponius redet, wie aus dem *Princ.* erhellet von einem ſolchen Falle, wo der Sohn emancipirt war, die Enkel aber in der väterlichen Gewalt des Großvaters geblieben, und in die Stelle ihres Vaters, tanquam in sui heredes locum, getreten ſind. In dieſem Falle hatte der emancipirte Sohn die Bonorum possessio *Unde liberi*, und bekam den Erbſchafts-Antheil, welcher ihm, wenn er ein *suus* geblieben wäre, gehört haben würde, den er mit ſeinen Kindern, den nepotibus suis, zur Hälfte theilen mußte[88]). Nun war

85) S. Kochs Bonor. possessio. §. 27. S. 286.

86) Man ſehe auch Koch im angef. Buche S. 289. u. S. 522.

87) *L.* 5. §. 2. *D. Si tabulae testamenti nullae extabunt.*

88) Nämlich nach der nova Clausula, die Julian dem Edicto perpetuo beyfügte, wie aus *L.* 1. *pr. et L.* 3. *D. de conj. cum emanc.*

war die Frage, wenn der **filius emancipatus** die **B P.** *Unde liberi* nicht agnoſcirte, wem deſſen Antheil accreſcire, ob den **nepotibus suis** allein, oder auch den Stämmen der zur Succeſſion mit gelangenden übrigen Kinder des Erblaſſers? Pomponius behauptet ganz recht das erſtere, und betrachtet den emancipirten Sohn in dem vorliegenden Falle, als ob er gar nicht vorhanden wäre [89]). Das nämliche galt auch in dem Falle, wenn der Vater ein Teſtament gemacht, und darin den emancipirten Sohn präterirt hatte. Agnoſcirte hier der präterirte Sohn die **Bonorum possessio contra tabulas** nicht, ſo accreſcirte hier deſſen Hälfte ſeinem Kinde, dem in der väterlichen Gewalt des Großvaters gebliebenen Enkel [90]). Allein in allen dieſen Fällen iſt ja nicht einmal von einer **Successio graduum** bey der **Bonorum possessio**, geſchweige denn bey der Querel, die Rede. Ueberhaupt liegt hier das Julianiſche Edict **de conjungendis cum emancipato liberis eius** zum Grunde, welches auch, wie Paulus [91]) lehrt, bey der Que=

emanc. liberis erhellet. S. Kochs Bonor. poss. §. 8. S. 114. f. Vorher war es anders. Da gieng der Sohn *iure gradus* den Enkeln vor. *L.* 1. §. 1. *D. de B. P. c. tab.* Man ſehe hier meine Erörterung der Lehre von der Inteſtaterbfolge. §. 75. S. 209.

89) Koch c. l. §. 27. S. 277.

90) *L.* 1. §. 2. *D. de conjung. cum emancipato filiis.*

91) *L.* 23. *pr. D. h. t.* Si ponas filium emancipatum praeteritum, et ex eo nepotem in potestate retentum heredem institutum esse: filius potest contra filium suum, testatoris nepotem, petere bonorum possessionem: queri autem de inofficioso testamento non poterit. *Quod si exheredatus sit filius emancipatus: poterit queri: et ita jungetur filio suo, et simul cum eo hereditatem obtinebit.*

Querel Statt hatte, wenn der emancipirte Sohn war enterbt worden. Dieſe Concurrenz fällt aber nun ohnehin nach der Nov. 118. auch in der teſtamentariſchen Succeſſion weg, wie Herr Kanzler Koch[92]) ſehr richtig bemerkt hat, und der Sohn geht ſeinem Kinde, dem Enkel, in allen Fällen vor[93]). Es iſt alſo wohl außer Zweifel, daß **in ordine descendentium** keine **Successio graduum** bey der Querel Statt finde. Allein fällt ſie auch in der Linie der Aſcendenten weg? Hier ſchwanken ſelbſt diejenigen[94]), welche in Abſicht auf den erſten Fall mit mir übereinſtimmen. Wir wollen jetzt dieſen andern Fall genauer erörtern.

II) Ein Sohn hat ſeinen Vater enterbt oder präterirt. Der Vater will oder kann die Querel nicht anſtellen. Kann nun der Großvater in die Querel einrücken? Schrader[95]) unterſcheidet, ob der entferntere Aſcendent durch den näheren, welcher die Querel nicht anſtellen wollte, mit dem Verſtorbenen verbunden iſt, oder nicht. Im erſtern Falle giebt er zu, daß in Anſehung des entferntern Aſcendenten keine Succeſſion in der Querel Statt finde; allein im letztern Falle trägt er kein Bedenken, eine ſolche Succeſſion darum anzunehmen, weil die entfernteren Aſcendenten gleichſam eine eigene Claſſe bilden, da ſie nie mit den näheren zuſammentreffen. Allein dieſer Unterſchied iſt ganz ungegründet. Das Daſeyn des Vaters, welcher den Teſtirer überlebt hat, ſteht eben ſo wohl jedem entfernteren Aſcen-

92) Bonor. possessio §. 8. S. 118.

93) Man ſehe §. 543. im 6. Th. dieſes Commentars S. 597.

94) J. B. Schrader in Commentat. cit. §. 93.

95) Cit. Commentat. §. 91 — 93.

Aſcendenten im Wege, als das Daſeyn des Sohns dem Enkel des Verſtorbenen. Es iſt hier durchaus der nämliche Grund. Die Idee, daß die entfernteren Aſcendenten eine eigene Claſſe bilden, iſt den Geſetzen nicht gemäß. Dieſe nehmen nur drey Claſſen an, und dabey muß man auch, um Willkühr zu verhüten, und Mißdeutungen vorzubeugen wörtlich ſtehen bleiben[96]). Ganz richtig ſagt daher Anton Faber[97]): **Praeferetur frater avo in querela, non tanquam potior in successione, si inter avum et patrem res agatur, sed** ***quia nullus potest locus esse avo in successione nepotis, quamdiu avum pater praecedit*****: sicut nec nepoti in successione avi, quam diu nepotem pater anteverit.**

Uebrigens iſt noch zu bemerken, daß der enterbte oder präterirte Notherbe, um das Teſtament als pflichtwidrig umſtoßen zu können, den Teſtirer überlebt haben müſſe[98]). Denn wenn er vor demſelben verſtorben iſt, ſo fällt die Querel weg, und der im Teſtament eingeſetzte Erbe iſt Civilerbe, wenn das Teſtament nach dem Civilrechte gültig iſt; oder **Bonorum possessor**, wenn das Teſtament nach dem prätoriſchen Rechte gilt, ſo daß darauf die **B. P. secundum tabulas** geſucht werden kann[99]). Der auf den enterbten oder präterirten Notherben folgende Civil- oder präto-

96) Man ſehe hier die **Bibliothek kleiner iurist. Schriften 3. Band. pag. 576 Not.** *)).

97) **De errorib. Pragmaticor. Dec. XXIX. Err. 5. pag. 181.**

98) Koch **Bonor. possessio** §. 28. S. 311. folg.

99) *L.* 12. *D. de iniusto rupt. et irr. testam.* Man. ſ. auch die Rechtsfälle und Abhandlungen von Geiger und Glück. 3. Band. S. 22.

prätoriſche Inteſtaterbe kann in dem Falle, wenn ſogar das Teſtament nach dem Civilrechte gültig iſt, daſſelbe nicht mit Hülfe der Perſon des enterbten oder präterirten, vor dem Teſtirer verſtorbenen, Notherben umſtoſſen, weil ſolcher eben deswegen, weil er ſchon vor dem Teſtirer geſtorben iſt, kein Erbrecht erlangt hat; ihn ſelbſt aber, als Civil- oder prätoriſchen Inteſtat-Erben betrachtet, das nach dem Civilrecht gültige Teſtament ausſchließt, indem die causa testati der causae intestati vorgeht[100]). Es iſt hier aber freylich vorauszuſetzen, daß der auf den, vor dem Teſtirer verſtorbenen Notherben folgende Inteſtaterbe nicht ebenfalls ein Notherbe ſey. Denn dieſer könnte nun, wenn er ebenfalls auf dieſen Fall enterbt, oder aber gleichfalls präterirt ſeyn ſollte, aus eigener Perſon das Teſtament anfechten[1]). Z. B. ein Vater, hat ſeinen Sohn enterbt. Der Sohn ſtirbt vor dem Vater und beym Ableben des Teſtirers lebt noch deſſen Vater, welcher nun der Notherbe iſt. Dieſer kann nun, wenn er in dem Teſtament ebenfalls eventualiter enterbt, oder gar präterirt iſt, ex propria persona die Querel anſtellen.

Wenn die Mutter ein Kind enterbt oder präterirt hat, welches noch unter väterlicher Gewalt iſt, ſo kann der filiusfamilias nach dem römiſchen Rechte die Querel ohne Einwilligung des Vaters *suo nomine* nicht anſtellen[2]) ſondern

100) *L.* 39. *D. de acquir. vel. omitt. hered.*

1) Kochs Bonor. possessio §. 28. S. 312. folg.

2) *L.* 9. *D. de obligat. et action.* Es trat hier ehemals noch ein beſonderer Grund ein. Durch die Querel ward das Teſtament aufgehoben, nun konnte der filiusfamilias die ihm *ex SCto*

dern der Vater muß filii sui nomine klagen. Jedoch darf auch der Vater die Klage nicht ohne des Sohnes Einwilligung erheben, weil durch die Ausſchließung doch nur zunächſt der Sohn beleidiget worden, wie Ulpian[3]) aus Papinians Quäſtionen anführt, wo er ſagt: Inofficiosi querelam patrem filii sui nomine instituere non posse, invito eo; *ipsius enim iniuria est.* Ja Papinian[4]) behauptet ſogar

SCto Orphitiano zugefallene Erbſchaft ſeiner Mutter ohne Einwilligung des Vaters nicht antreten, um dem Vater keine Schuldenlaſt auf den Hals zu laden. *L.* 6. *pr. et* §. 2. *D. de acq. vel omitt. hered.* Daß jedoch nach dem neuern röm. Recht, nach welchem dem Vater nur der Nießbrauch zukommt, der Sohn die ihm zugefallene Erbſchaft auch gegen den Willen des Vaters auf ſeine Gefahr antreten könne, iſt bekannt. *L. ult.* §. 1. *C. de bon. quae lib.* S. Finestres Commentar. ad Tit. Pand. de acquir. vel omittenda hereditate P. II. Cap. 5. §. 43.

3) *L.* 8. *pr. D. h. t.* Daß dieſe Stelle nicht von einem emancipirten Sohn, wie *Gilb.* Reges *Εναντιοφαν.* iuris civ. Lib. I. cap. 17. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 1488.) irrig annimmt, ſondern vielmehr von einem von ſeiner Mutter präterirten filiofamilias zu verſtehen ſey, hat ſchon Cujaz Observ. Lib. IX. cap. 14. ganz richtig erinnert.

4) Pothier in Pandect. Justin. Tom. I. h. t. nr. XI. not. c. pag. 190. führt noch einen andern Grund an, warum die Einwilligung des Sohns erfordert wird, wenn der Vater in deſſelben Namen die Querel anſtellen will. *Nimirum qui querelam movet*, ſagt er, *hereditatem sibi quasi intestati vindicat; atqui etiamsi persona, adversus huius testamentum querela monetur*, (puta *mater*) *intestata decessisset, pater non potuisset per filium hanc hereditatem acquirere sibi, invito filio. Oportuisset enim, ut iussa patris filius hereditatem adivisset.* Es hat allerdings ſeine Richtigkeit, daß der Sohn auch ehe-

gar, wie Ulpian weiter aus ihm recitirt, daß, wenn der Sohn ſtirbt, nachdem zur Anſtellung der Querel ſchon alle vorbereitende Anſtalten getroffen waren [5]), der Vater nun die Klage nicht weiter anſtellen könne, *quae non patri, sed nomine dabatur filii* [6]). Denn wenn gleich ſonſt die Querel nach geſchehener Zubereitung auf die Erben übergeht [7]), ſo trat doch hier der beſondere Grund ein, daß nach dem ältern Rechte der Vater nicht Erbe ſeines filiifamilias wurde, ſondern deſſelben Vermögen *peculii et potesta-*

mals, da der Vater durch ihn unbedingt acquirirte, nicht genöthigt werden konnte, eine ihm angefallene Erbſchaft wider ſeinen Willen anzutreten. *L.* 6. §. 7. *D. de acquir. vel omitt. heredit. L.* 11. *Cod. de iure delib.* Weſtphals Commentar über die Geſetze von Vorlegung und Eröffnung der Teſtamente ꝛc. §. 150. Allein dieſer Grund fällt jetzt weg. Demohngeachtet kann der Vater auch ſelbſt nach dem neuern Rechte nicht ohne des Sohns Einwilligung klagen. *L.* 8. §. 3. *C. de bonis quae liberis.* Vid. *Aemil. Lud.* Homberck zu Vach Diss. de diverso iure patris in peculio adventitio pro diversa liberorum aetatae. § 7.

5) Papinian ſagt: *post agnitam litis ordinantae gratia possessionem.* Von dieſer Bon. possessio iſt oben §. 551. Not. 10. S. 291. gehandelt worden. Man ſehe auch nach *Vigl.* Zuichemi Commentar. in decem Titulos Institution. iuris civ. (*Basiliae* 1534. f.) h. t. §. 2. pag. 177. seq.

6) In den *Basilicis* Tom. V. pag. 197. lautet die Stelle nach Fabrots Ueberſetzung ſo: *Pater nomine filii, invito filio, non agit querela inofficiosi testamenti. Etiam si filius, lite praeparata, decesserit, pater eam, quae filio competebat, non intendit querelam inofficiosi testamenti.*

7) *L.* 6. §. 2. *D. h. t. L.* 5. *Cod. eodem.* Weſtphal von Teſtamenten §. 1027.

potestatis iure behielt, nicht anders, als ob es gleich Anfangs ſein Eigenthum geweſen wäre[8]). Da nun aber nach Einführung der Adventizien der Vater, wegen des ihm gebührenden Nießbrauchs, bey der Querel des Sohns, ein nicht geringes eigenes Intereſſe hat; da ferner die Mutter dem Vater den Nießbrauch, der ihm insonderheit an dem Pflichttheile der Kinder zukommt, auf keine Weiſe entziehen darf, wie oben[9]) gezeigt worden iſt; da endlich nach dem neueſten Rechte der Vater den Kindern in die **bona adventitia** als Erbe ſuccedirt[10]); ſo behauptet Jacob Voorda[11]) nicht ohne Grund, daß der Vater, dem Geiſt des neuern Rechts gemäß, die von ſeinem Sohn zubereitete Querel, als deſſelben Erbe, fortſetzen könne[12]).

§. 555.

Wenn hat die Querela inoff. test. Statt? Wem liegt bey dieſer Klage der Beweis ob?

Soll nun die Querel des pflichtwidrigen Teſtaments Statt finden, ſo iſt es eine weſentliche Bedingung derſelben,

8) S. den 2. Theil dieſes Commentars §. 129. S. 208. Man ſ. auch *Iul.* Pacius *Εναντιοφαν*. Centur. VIII. Q. 29.

9) S. §. 546. im 1. Abſchn. dieſes 7. Theils S. 80 — 84.

10) *L. ult. C. Commun. de Success. L.* 6. §. 1. *Cod. de bonis quae lib. Nov.* 118. *cap.* 2.

11) Interpretat. e Emendat. iur. Rom. (*Traj. ad Rhen.* 1768. 8.) Lib. II. cap. 14.

12) Hierin ſtimmen auch überein Weſtphal von Teſtamenten §. 1030. und Book Lehre von der Enterbung. §. 24. S. 75.

ben, daß der Kläger zwar *rite* aber *inique* ausgeſchloſſen worden ſey. Juſtinian[13]) ſagt ausdrücklich: **De inofficioso testamento agunt liberi, qui queruntur, aut *inique* se exheredatos aut *inique* praeteritos.** Hierin ſtimmen auch alle Syſteme der Rechtsgelehrten mit einander überein[14]). Nur in der näheren Beſtimmung des Falles ſelbſt weichen ſie von einander ab. Diejenigen, welche mit Schneid, die Inofficioſitätsklage in Anſehung der Kinder und Eltern ins Exilium verwieſen haben, ſchränken dieſen Fall blos auf Geſchwiſter ein, wenn ihnen der Teſtirer ohne eine gegründete Urſache eine ehrloſe oder verächtliche Perſon vorgezogen hat, ohne ſie wegen des ihnen auf dieſen Fall gebührenden Pflichttheils auch nur im mindeſten, es ſey unter den lebendigen, oder auf den Todesfall, entſchädiget zu haben. Diejenigen hingegen, welche mit unſerm Verfaſſer das Nullitätsſyſtem des neuen Rechts vertheidigen, laſſen blos dann die **Querela inofficiosi** zu, weil zwar eine rechtmäßige Urſache der Enterbung im Teſtamente ausgedrückt, ſelbige aber nicht erweislich iſt. Dieſe ſagen, von der Wahrheit oder Nichtwahrheit der Enterbungsurſache iſt die Inofficioſitätsquerel abhängig, und blos darauf iſt ſie berechnet. Hingegen die Unterlaſſung der Angabe einer rechtlichen Enterbungsurſache im Teſtament begründet nicht dieſe, ſondern die Nullitätsquerel des neuen Rechts. Denn die Anführung einer Ausſchließungsurſache gehöre offenbar zu der in der Novelle **115.** vorgeſchriebenen Form der Ausſchlie-

13) *Princ. I. h. t.*

14) S. *Lud. God.* Madihn Princ. iur. Rom. de successionib. §. 141. Hofacker Princip. iur. civ. T. II. §. 1692. u. a. m.

ſchließung, und was gegen die Form iſt, ſey nach *L.* 5. *Cod. de Legib.* null. Allein beyde Syſteme haben oben ihre Abfertigung erhalten, wo deutlich gezeigt worden iſt, daß der ganze Geiſt der Novelle 115. ausſchließlich auf Inofficioſität berechnet, und nach eben dieſem Geiſte die Aufhebung einer rechtlich erheblichen Beleidigungsurſache nichts weniger als formel ſey. Die innere Rechtsgeſchichte und die Philoſophie begründen vollends das von mir oben vertheidigte reine Inofficioſitätsſyſtem ſo feſt, daß das ohnehin ſchon in ſeiner Blöße dargeſtellte Nullitätsſyſtem nun ganz in ſein Nichts zerfallen muß. Dieſen neuen rechtlich pſychologiſchen Beweis für die ausſchließliche Richtigkeit des reinen Inofficioſitätsſyſtems hat neuerlichſt Franz Schömann, deſſen Buch[15]) ich gerade jetzt zu erhalten das Vergnügen habe, ſo bündig dargelegt, daß ich zur mehreren Ueberzeugung meiner Leſer einige ſeiner Gedanken hier aufzunehmen keinen Anſtand finde. Die gekränkte Senſation, ſagt er, das beleidigte Gefühl iſt an und für ſich blos innerlich, von der größeren oder geringeren Empfindſamkeit des Beleidigten abhängig, und dem äußerlichen Beobachter deſſelben nie mit Zuverläßigkeit und meiſtens gar nicht erkennbar. Noch weit weniger iſt es an und für ſich ein Gegenſtand der Außenwelt und der äußerlichen Beobachtungsſphäre, ob der Beleidigte die ihm zugefügte Kränkung dem Beleidiger wieder verziehen hat, oder nicht? Beyde Punkte bleiben, ſo lange der Gekränkte nicht äußerlich ſeine desfallſigen Geſinnun-

15) Handbuch des Civilrechts von D. Franz Schömann. 1. Band. Gieſſen und Wetzlar 1806. 8. Nr. IV. S. 139. folg.

ſinnungen erklärt hat, auch dem forſchendſten Blicke des Dritten ein undurchdringliches Geheimniß, — und doch iſt es gerade dieſe an und für ſich geheimnißvolle individuelle Beleidigung, es iſt gerade die durch undankbares Benehmen des Pflichttheilsberechtigten gekränkte, aber an und für ſich der Geſetzgebung ſowohl als dem Richter unerforſchliche Senſation des ausſchließenden Teſtators, welche die Unſtatthaftigkeit der Inofficioſitätsklage großentheils bedingt. Mag der eingeſetzte Erbe immerhin das ſchlechte Benehmen des ausgeſchloſſenen Pflichttheilsberechtigten gegen den Teſtator noch ſo mannigfaltig darthun, mag er den Ausgeſchloſſenen des gröbſten Vergehens gegen ſeinen Erblaſſer überführen, mag er hierdurch den Richter ſelbſt als Menſchen gegen den Ausgeſchloſſenen noch ſo ſehr einnehmen; hat er hiermit auch gezeigt, daß der Teſtator beleidiget war? hat er erwieſen, daß derſelbe, wenn er ſich auch Anfangs wirklich beleidigt fand, das undankbare Benehmen dem Beleidiger, der zumal ſein naher Blutsfreund iſt, nicht wieder, vielleicht noch kurz vor ſeinem Tode, verzieh? Gewiß nicht!

Aus dieſen Gründen forderte dann ſchon die ältere Geſetzgebung ganz vernünftig, daß der Teſtator wenigſtens im Allgemeinen das ſchlechte Benehmen des Ausgeſchloſſenen gegen ihn im Teſtamente ausdrücklich rügte, und ohne dieſe ausdrücklich im Teſtament enthaltene Aeußerung achtete ſie eben ſo vernünftig allen Beweis des eingeſetzten Erben über das pflichtvergeſſene Verhalten des Ausgeſchloſſenen gegen den Teſtator für unzuläßig und unnütz, wenn zumal der Notherbe im Teſtament mit Etwas, ſey es auch noch ſo wenig

wenig geweſen, bedacht war[16]). Allein vor der Novelle **115.** waren noch keine gewiſſe Enterbungsurſachen geſetzlich beſtimmt. Ein weiter Spielraum blieb daher ſowohl der ſich gekränkt fühlenden Senſation des Erblaſſers, als dem entſcheidenden Spruche der Richterſtühle offen, und es war demnach eine handgreifliche Lücke der Geſetzgebung, daß dem Teſtator nicht wenigſtens die ſpecielle Angabe eines Beleidigungsgrundes im Teſtament vorgeſchrieben ward. Denn es leuchtet in die Augen, daß bey einer ſolchen allgemeinen Angabe der eingeſetzte Erbe leicht eine Urſache erweiſen kann, welche gerade gar nicht den Teſtator gekränkt, oder die er längſt ſeinem Blutsfreunde wieder verziehen hatte, und im Gegentheile iſt vielleicht gerade die Urſache, welche den Erblaſſer wirklich gekränkt, und welche er auch nicht wieder verziehen hatte, blos unerhebliche Chimäre; und ſo würde denn ſtets zu befürchten ſeyn, daß dem Erblaſſer eine Empfindlichkeit vom Richter angedichtet werde, von welcher derſelbe gar nichts wußte, und dem Ausgeſchloſſenen, dem die wahre, aber unerhebliche Empfindlichkeit des Teſtators nicht ſchaden konnte, durch die demſelben angedichtete Empfindlichkeit häufig das höchſte Unrecht zugefügt werden. Hört man wohl nicht auch

16) Einen ſehr intereſſanten Beleg hierzu liefert die Stelle in der *L.* 30. *C. h. t.* wo es heißt: Liceat his personis, quae testamentum quasi *inofficiosum*, vel *alio modo subvertendum* queri poterant, id quod minus portione legitimá sibi relictum est, ad implendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere: si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, *cum eos scilicet ingratos circa se fuisse dixerit testator; — nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius heredibus ingratos eos nominare, et huiusmodi quaestionem introducere.*

auch noch in unſern Tagen heilbeſorgte Eltern ſprechen, daß mich mein Sohn einen alten Spitzbuben geſcholten, ja nach mir geſchlagen und mir eine Ohrfeige gegeben hat, will ich ihm gern verzeihen; aber daß er nun auch ſeine Religion geändert, und zur katholiſchen übergegangen iſt, das kann ich ihm nie verzeihen, dieſerwegen verdient er von mir enterbt zu werden? So wie nun Juſtinian, um einer vielleicht übertriebenen Empfindlichkeit der Teſtatoren, und zugleich der vagen Richterwillkühr für die Zukunft beſtimmte Schranken zu ſetzen, die Feſtſetzung gewiſſer ein für allemal beſtimmter rechtlich hinlänglicher Beleidigungs- oder Ausſchließungsurſachen für höchſt wichtig und nöthig hielt, welche er in Anſehung der Eltern und Kinder in der 115. Novelle beſtimmte; ſo war es ihm nun auch aus dem angeführten Grunde nicht mehr genug, wenn der Teſtirer blos im Allgemeinen erklärte: der Ausgeſchloſſene habe ihn beleidiget. Nein, — er ſollte nun auch jedesmal eine der geſetzlich beſtimmten Urſachen im Teſtament ſpeciell benennen, wodurch er ſich von dem Ausgeſchloſſenen gekränkt erachtete. Hieraus erklärt ſich denn der wahre Sinn der Schlußworte des 3. Kap. jener 115. Novelle: *ne liberi falſis accuſationibus condemnentur, vel aliquam circumſcriptionem in parentum ſubſtantiis patiantur*; welche ohne Zweifel auf jene pſychologiſche Anſicht der Sache hindeuten. Hieraus läßt ſich nun auch ferner erſt richtig beſtimmen, wenn der Ausgeſchloſſene für *inique* enterbt oder präterirt zu achten ſey. Dies iſt nämlich

1) in Anſehung der pflichttheilsberechtigten Deſcendenten und Aſcendenten der Fall, wenn entweder der Teſtator gar keine, oder keine rechtmäßige Enterbungsurſa-

che im Teſtamente ſpeciell angeführt hat, ſo daß der eingeſetzte Erbe nicht einmal zum Beweis einer gegen den Teſtator zu Schulden gebrachten, wenn gleich rechtlich erheblichen, Undankbarkeit gelaſſen wird; oder aber der Teſtator zwar eine geſetzlich beſtimmte Urſache im Teſtament ſpeciell angeführt hat, die aber der eingeſetzte Erbe nicht erweiſen kann.

2) In Anſehung der Geſchwiſter aber, wenn ihnen der Teſtirer eine ſchändliche Perſon entweder ohne Urſache vorgezogen hat, oder die Wahrheit der von dem Teſtirer ſpeciell angeführten Urſache von dem Erben nicht erwieſen werden kann.

Hieraus entſcheidet ſich ferner nun auch die Frage, wer bey der Querel des pflichtwidrigen Teſtaments den Beweis führen müſſe? Hier iſt,

1) wenn Kinder oder Eltern dieſe Klage anſtellen, zu unterſcheiden, ob die Querel darauf gegründet wird, daß die Ausſchließung des Klägers ohne Anführung einer geſetzmäßigen Urſache im Teſtamente geſchehen ſey, oder darauf, daß die im Teſtament angeführte Beleidigungsurſache unwahr ſey. Im erſten Falle iſt die Klage unbedingt gegründet, und das Teſtament muß aus den ſchon oben angeführten Gründen reſcindirt werden, ohne daß der Erbe mit dem Beweis, der Kläger habe die Enterbung verdient, gehört wird. Denn ſchon um deswillen allein iſt die Ausſchließung für pflichtwidrig zu halten, daß der Teſtator entweder gar keine, oder keine rechtlich gebilligte Beleidigungsurſache im Teſtament angeführt hat[17]). In dem letz-

17) S. Mencken Introd. in doctr. de actionibus for. Sect. III. cap. II. membr. III. §. 13. et 14. pag. 371.

letztern Falle hingegen muß der Erbe die Wahrheit der Enterbungsurſache beweiſen. Denn nach der Novelle 115. hat der Kläger ein erworbenes Recht, nicht ohne Anführung einer in dieſem Geſetz gebilligten und in der Wahrheit gegründeten Urſache von der Erbſchaft ausgeſchloſſen zu werden. Die Gültigkeit der Ausſchließung hängt alſo von der Wahrheit der angeführten geſetzlichen Enterbungsurſache ab. Dieſe muß folglich der Erbe darthun, wenn das ſonſt begründete Erbrecht des Klägers nicht Statt finden ſoll[18]). Juſtinian ſagt dieſes auch ſelbſt ausdrücklich am Ende des 3. Kap. der 115. Novelle, wo es nach Hombergks Ueberſetzung heißt: **Itaque sive omnes dictas ingratitudinis causas sive eas, quae ex illis manifestae sunt, sive unam parentes in suo testamento scripserint et *scripti heredes expressam*, *vel expressas vel unam ex illis veram esse ostenderint*, testamentum vim suam habere iubemus.** Eben dieſes wiederholt Juſtinian im 4. Kap. auch bey der Querel der Eltern. Wenn hingegen

2) Geſchwiſter, denen der Teſtirer eine ſchändliche Perſon vorgezogen hat, die Querel anſtellen, ſo bleibt es hier in Abſicht auf das Beweisverfahren ganz bey dem ältern römiſchen Rechte, welches ſchon oben (§. 551. S. 319.) gelehrt worden iſt[19]). Die Ideen der Rechtsgelehrten ſind zwar hierüber ſehr abweichend.

18) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Kap. VI. Nr. 26. S. 266.

19) Man vergleiche Stryck Us. mod. Pand. h. t. §. 13. Struvii Syntagm. iur. civ. Exerc. X. Th. 18. Böhmer iur. Dig. Tit. de lib. et postum. §. 31. *Christ. Fried. Ben.* Hommel Diss. de differentiis inter querelam inofficiosi, quae parentibus ac liberis, et

Einige[20]) behaupten, die ausgeſchloſſenen Geſchwiſter müßten zwar jederzeit beweiſen, daß der eingeſetzte Erbe eine infame oder verächtliche Perſon ſey, ſofern es nicht ſchon an ſich notoriſch iſt; keineswegeſ aber brauchten ſie einen weitern Beweis von ihrem Wohlverhalten gegen den Erblaſſer und von der Ungerechtigkeit der Ausſchließung zu führen. Eben ſo wenig werde aber auch der Erbe zum Beweis einer gerechten Urſache gelaſſen. Denn in dieſem Falle, da nämlich den Geſchwiſtern eine **turbis persona** iſt vorgezogen worden, könne die Ausſchließung derſelben durch gar keine Urſache gerechtfertiget werden. Allein dieſe Meinung beruhet auf einer falſchen Vorausſetzung, welche ſchon anderwärts[21]) widerlegt worden iſt.

Andere[22]) hingegen halten es wenigſtens für billig, die Verordnung der Novelle **115.** auch mit auf die Geſchwi-

et quae fratribus competit. *Erfordiae* 1773. §. 8. und Weſtphal von Teſtamenten §. 570. am Ende S. 435.

20) *Io. Henr.* Fuchs in Diss. de impugnatione testamenti fraterni per querelam inoff. *Carl. God.* Madihn ad *Menckenii* doctr. de actionib. forens. not. 1188. pag. 371. und Müller in Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 231.

21) S. §. 551. S. 208. folg.

22) *Mich. Henr.* Griebner in Diss. Utrum fratres, instituta querela inofficiosi testamenti, probare teneantur, se non fuisse ingratos? *Vitembergae* 1770. (*in Opuscul.* Hallae 1722. 4. edit. Tom. V. Sect. II. pag. 21. seqq.) Leyser Meditat. ad Pand. Specim. XCIII. Cor. 1. *Jo. God.* Bauer Diss. de eo, quod iustum est circa formam exheredationis. §. 19. *Car. Frid.* Paelicke Diss. de erroribus quibusd. circa querelam inoff. testam. Err. IX. Schorch in Dissert. Quaestion. speciales circa inoff.

ſchwiſter auszudehnen, weil nach dieſem Geſetz ein Teſta=ment nur dann für pflichtwidrig zu halten ſey, wenn der ein=geſetzte Erbe eine zu Schulden gebrachte Undankbarkeit des ausgeſchloſſenen Notherben gegen den Teſtirer nicht zu er=weiſen vermag. Dieſer Grund paſſe auch auf die ausge=ſchloſſenen Geſchwiſter. Ueberdem ſtreite für ſie die allge=meine Rechtsvermuthung: *quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium.* Man könne ihnen auch nicht zumuthen, den Beweis einer directen Verneinung, nämlich daß ſie die Ausſchließung auf keine Weiſe verdient hätten, zu übernehmen, von welchem ſie die Geſetze ſelbſt freyſprächen, welche ausdrücklich ſagen: *quod per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit*[23]). Und da die Querel den Geſchwiſtern ohnehin nur gegen einen ſolchen Erben zuſteht, der mit einer Infamie oder Anrichtigkeit behaftet iſt, ſo würde es die größte Ungerech=tigkeit ſeyn, wenn man einen ſolchen Beklagten favoriſiren, und dagegen dem ohnehin ſchon ſo ſehr gekränkten Kläger einen faſt unmöglichen Beweis aufbürden wollte.

Allein daß bey den Geſchwiſtern ein gleicher Grund, wie bey den Kindern und Eltern, vorhanden ſey, um die Novelle **115.** auf ſie auszudehnen, läßt ſich nicht behaupten. Denn bey den Geſchwiſtern genügt die bloße Ueberge=hung,

off. testamentum cont. §. 11. Stein von pflichtwidrigen Teſtamenten §. 34. S. 145. ff. und Gambsjaeger in Comm. de testamento in genere, in specie inofficioso P. IV. §. 4. Not. 19. pag. 62.

23) *L.* 2. *D. de probat.* L. 23. *C. eodem.* *L.* 10. *C. de non num. pecun. Cap.* 11. *X. de probat. Cap.* 5. *X. de renunciat. Cap.* 23. *X. de election.*

hung, um das Teſtament **stricto iure** beſtehen zu laſſen, und es iſt kein Geſetz vorhanden, welches dem Teſtirer zur Pflicht gemacht hätte, eine Urſache der Undankbarkeit im Teſtament ſpeciell anzuführen, wie Lucas van de Poll[24]) ſehr richtig erinnert hat. Ferner ſoviel die Regel: **quilibet praesumitur bonus etc.** anbetrifft, ſo iſt dieſelbe von der Art, daß zwar Jedermann fühlt, ſie enthalte etwas Wahres, aber auch Jedermann zugleich fühlt, daß in den meiſten Fällen ihre Anwendung nicht Statt findet, wie Schneider[25]) und Weber[26]) aus mehreren Beyſpielen überzeugend dargethan haben. Es iſt wahr, daß Jeder, dem Pflichtwidrigkeiten vorgeworfen werden, hierüber einen Beweis erwarten darf, da es ungerecht und vernunftwidrig ſeyn würde, ohne dieſen Beweis dergleichen ſchon als wahr anzunehmen. Daher legt auch ſchon das ältere Recht[27]) dem Beklagten bey der Inofficioſitätsklage den Beweis auf, wenn eine Beleidigungsurſache im Teſtament angeführt worden, deren Wahrheit der ausgeſchloſſene läugnete. Allein eben ſo gewiß iſt es auch, wie Weber[28]) ſehr gründlich bemerkt, daß die vermeinte Vermuthung für das Pflichtmäßige Niemanden vom Beweiſe befreyen kann, der ihn ſonſt führen muß. Dieß iſt nun aber bey den Geſchwiſtern ohnſtreitig der

24) De exheredat. et praeterit. Cap. 64. §. 2.

25) Vollſtändige Lehre vom rechtlichen Beweiſe (Gieſſen und Darmſtadt 1803. 8.) 2. Abthl. Anmerk. VIII. S. 429. folg.

26) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß Abth. V. Nr. 9. S. 131. folg.

27) *L.* 22. *et L.* 28. *in fin. Cod. h. t.* (S. §. 551. S. 265.)

28) Am angef. Orte S. 134. a. E.

der Fall, wenn die Ausſchließung derſelben, ohne Anführung einer Urſache, im Teſtamente geſchehen, und ihnen eine **persona turpis** vorgezogen worden iſt. Hier lag dem Ausgeſchloſſenen, welcher die Inofficioſitätsklage anſtellte, nach dem ältern Rechte der Beweis ob, ***immerentem se, et ideo et indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum***, wie Marcellus[29]) ſagt, und dieſes ältere Recht iſt in Anſehung der Geſchwiſter durch die Novelle **115.** nicht abgeändert worden. Allein auf ſolche Art müßten ja, ſagt man, die Geſchwiſter den Beweis einer direkten Verneinung übernehmen, und, wie ich glaube, mit Recht. Denn ſie ſetzen ja den Grund der Klage darin, ſie hätten dieſe Zurückſetzung nicht verdient. Nun muß, wie Gönner[30]) ganz richtig ſagt, jeder ſeine Behauptung, ſein factiſches Vorbringen, ohne welches ſein Recht vom Richter nicht anerkannt werden kann, beweiſen, und es gilt kein Unterſchied, ob das factiſche Vorbringen ein bejahender oder verneinender Satz iſt. Es läßt ſich auch mit Grund nicht behaupten, daß der Beweis, den die Geſetze[31]) ſelbſt dem Kläger auflegen, an ſich unmöglich ſey, und der Satz, ***quod factum negantis per rerum naturam probatio nulla sit***, ſteht hier offenbar am unrechten Orte, und iſt ganz mißverſtanden.

Denn

29) *L.* 3. *et* 5. *D. h. t. L.* 28. *Cod. eod.* Weſtphal von Teſtamenten §. 570. S. 434. folg.

30) Handbuch des deutſchen gemeinen Prozeßes 2. Band Nr. XXXVII. §. 18. S. 270. Man ſehe auch Weber a. a. O. S. 196. folg.

31) *L.* 5. *D. h. t.* ſagt: Verbi *de inofficiosi* vis illa est: *docere immerentem se, et ideo et indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum.*

Denn dieß heißt nicht, daß eine Verneinung ſich **per rerum naturam** nicht beweiſen laſſe, und daß alſo derjenige, der einen verneinenden Satz behauptet, eben darum von allem Beweiſe frey ſey. Dieſes würde ungereimt ſeyn, und auch andern geſetzlichen Vorſchriften[32]) widerſprechen. Der Sinn jenes Satzes iſt vielmehr nur der, daß demjenigen, der eine gegen ihn angeführte Thatſache beſtreitet, nach der Natur der Dinge kein Beweis obliege. Daß aber rechtlich genügende Beweiſe einer Verneinung allerdings ſowohl direct, als indirect geführt werden können, läßt ſich mit Grund gar nicht bezweifeln, und iſt ſchon von andern[33]) hinlänglich gezeigt worden. Ueberdem darf ja der übergangene Bruder, wie Wernher[34]) ganz recht bemerkt, nur den Beweis auf ſein Betragen gegen den Teſtirer richten, und kann hier der Zeugenbeweis in vorkommenden Fällen keine Dienſte leiſten, ſo bleibt ja doch immer noch die Eidesdelation übrig, deren Zuläßigkeit bey verneinenden Sätzen

32) *L.* 15. *L.* 25. *D. de probat. L.* 11. *C. eodem. L.* 5. *C. de iniur. L.* 5. *C. de codicill. L.* 13. *C. de non num. pecun.* Man ſehe *Ge. Mich. de* Mezger Diss. de onere probandi et causis, quae litigantem ab eo immunem reddunt. *Altdorfii* 1800. §. 26. und 27.

33) S. *de* Cocceji Diss. de directa probatione negativae *Wolfg.* Trier Diss. de onere probandi negantibus incumbente. Weſtphal vom rechtlichen Beweiſe einer Verneinung. Halle 1783. de Mezger in Diss. cit. §. 28. et 29. und beſonders Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 189. folg.

34) Lectiss. commentation. in Pandect. L. II. Lib. XXIX. Tit. 2. §. 31.

tzen ſo wenig, als bey bejahenden, einem gegründeten Zweifel unterworfen iſt[35]).

§. 556.

Gegen wen wird die Querela inofficiosi angeſtellt?

Die Querel des liebloſen Teſtaments wird zwar zunächſt gegen den eingeſetzten Erben angeſtellt, ſie findet aber auch gegen einen jeden andern Statt, welcher an deſſen Stelle tritt, er ſey deſſelben Erbe[36]), oder auch der Fiskus ſelbſt, welcher z. B. dem Teſtamentserben wegen ſeiner Unwürdigkeit die Erbſchaft entzogen hat[37]). Denn der Fiskus tritt in

35) *L.* 25. §. 3. *D. de probat.* S. *de* Mezger cit. Diss. §. 29. pag. 32. und beſonders Weber im angef. Buche S. 194. folg.

36) *Luc. van de* Poll de exhered. et praeterit. Cap. 82. §. 7.

37) *L.* 10. *C. h. t.* Si heredum Quintiniani, quem patrem tuum esse dicis, adversus quos de inofficioso testamento acturus eras, iure successionis bona ad fiscum pertinent, vel ipsius Quintiniani bona, utpote vacantia, fiscus tenet; causam apud Procuratorum nostrum agere potes. Anton Faber in Conjectur. iuris civ. Lib. XVII. cap. 2. findet hier Schwierigkeiten, und hält die Worte: *utpote vacantia* für unächt, und widerſinnig. Der Fall, ſagt er, wäre wohl möglich geweſen, daß die Güter des Quintinians dem Fiscus verfallen ſeyn konnten, wenn gleich die Erben deſſelben die Erbſchaft ſchon angetreten hatten. Man dürfe ſich nur den Fall denken, quod heredes instituti ea ipsa bona incapaci alicui ex fideicommisso tacito restituere rogati probarentur. Allein denn ſeyen doch dieſe Güter nicht als *vacantia* eingezogen worden. Auch Weſtphal von Teſtamenten §. 1034. S. 769. kann nicht begreifen, wie der Fiscus des Quintinians Güter als vacantia habe an ſich nehmen können. Denn hat er ſeinen Sohn enterbt, ſo muß

in die Stelle des Unwürdigen, oder überhaupt desjenigen ein, deſſen Güter er eingezogen hat, und muß daher auch deſſel-

muß er doch einen Erben ernannt haben. Dieß iſt entweder der Fiskus, oder ein anderer. In jenem Falle ſind keine bona vacantia. In dieſem müßte der ernannte Erbe vor dem Erblaſſer geſtorben seyn. Dann wäre aber das Teſtament destitutum geworden, und die Inofficioſitätsklage würde nicht paſſen. Trauet er nun gleich nicht, die Worte: *vel ipsius Quintiniani bona*, *utpote vacantia*, *fiscus tenet*, für einen unächten Zuſatz zu halten, ſo macht er doch dem Kr. Alexander eben kein Compliment, wenn er ſeine Erklärung mit den Worten beſchließt: Quandoque bonus dormitat Homerus! Es ſcheint ihm aber unbekannt geblieben zu ſeyn, was ſchon *Franc. de* Amaya in Commentar. in tres posteriores libros Cod. Tom. I. (*Lugduni* 1693. f.) ad L. 4. Cod. de bonis vacant. nr. 4. et 5. pag. 133. und Pothier in Pandect. Justinian. Tom. I. h. Tit. nr. XIII. not. e. pag. 190. ſo gründlich gegen die Kritik des Fabers erinnert, und zur Erläuterung der L. 10. geſagt haben. Quintinian hatte ſeinen Sohn enterbt, und fremde Erben eingeſetzt. Gegen dieſe wollte der enterbte Sohn wegen des pflichtwidrigen Teſtaments Klage erheben. Allein das Vermögen war unterdeſſen an den Fiskus gekommen. Gegen wen war nun die Querel anzuſtellen? Vermuthlich hatte der Sohn in ſeiner Supplic nicht beſtimmt angegeben, aus welchem Grunde ſie der Fiskus eingezogen habe. Der Kaiſer ſtellt ſich alſo einen doppelten Fall als möglich vor. Einmal, daß die Güter der Erben des Quintinians, welche die Erbſchaft angetreten hatten, iure successionis an den Fiskus gekommen waren; z. B. dieſe waren ohne Erben verſtorben. Zum andern, daß bloß der Nachlaß des Quintinians allein von dem Fiskus, als bona vacantia, war eingezogen worden. Hier muß man ſich den Fall gedenken, da die Erbſchaft nach den damals noch geltenden legibus caducariis dem Fiskus zufiel. Man ſtelle ſich alſo vor, daß einer von den Erben des Quin-

deſſelben Verbindlichkeiten erfüllen[38]). Iſt die Erbſchaft mit einem Fideicommiß beſchwert, ſo hat entweder der Fiduciar die Erbſchaft bereits an den Fideicommiſſar abgeliefert, oder nicht. In dem erſtern Falle iſt die Klage gegen den Fideicommiſſar, als jetzigen Beſitzer der Erbſchaft, um ſo mehr anzuſtellen[39]), als derſelbe **loco heredis,** und alſo wie

Quintinians **ante apertas tabulas** oder wenigſtens vor der Antretung der Erbſchaft geſtorben ſey. Hier fiel der vakante Erbtheil nach der **Lege Julia caducaria** an die Staatskaſſe. S. *Io. Gottl.* **Heineccii Commentar. ad. Legem Juliam et Pap. Poppaeam Lib. III. cap. 6. et 7. §. 4.** und *Alb.* **Schulte Diss. de iure fisci in hereditates privatorum.** *Lipsiae* **1740. Cap. I. §. 6.** und **Cap. II.** Es ſey nun der eine, oder der andere Fall vorhanden, ſo könne der Sohn, reſcribirt der Kaiſer an ihn, die Querel gegen den Fiskus bey dem Procurator des Kaiſers anſtellen, welcher hier allein der competente Richter war. S. *Gottfr.* **Mascov de Procuratore Caesaris §. 18.**

38) *L.* 16. §. 2. *D. de his, quae ut indignis. L.* 96. §. 2. *D. de legat.* 1. *L.* 6. *D. de iure fisci.*

39) *L.* 1. *C. h. t.* **Cum de inofficioso matris suae testamento filius dicere velit adversus eum,** *qui ex causa fideicommissi hereditatem tenet:* **non est iniquum, hoc ei accommodari,** *ut perinde fideicommissarius teneatur, ac si pro herede, aut pro possessore possideret.* Der Zweifelsgrund war hier vorzüglich der, daß der Fiduciar auch noch nach der Reſtitution der Erbſchaft wirklicher und wahrer Erbe bleibt; der Fideicommiſſar ſchien alſo nicht der rechte Beklagte zu ſeyn, gegen welchen die Querel mit der Wirkung angeſtellet werden könnte, daß dadurch das Teſtament ſelbſt auch in Anſehung des directen Erben aufgehoben werde. Dennoch ſchien es den Kaiſern Sever und Antonin der Billigkeit gemäß zu ſeyn, dem Sohn die Klage

wie ein Erbe anzuſehen iſt[40]). Nach dem ſtrengen Rechte bleibt zwar der directe Erbe (*fiduciarius*) noch immer Erbe, auch nachdem er die ganze Erbſchaft abgetreten hat[41]); allein da nach dem Trebellianiſchen Senatusconſultum alle erbſchaftliche Klagen, die nach dem Civilrechte dem Erben und gegen den Erben zuſtehen, auf den Fideicommiſſar übergehen[42]), ſo kann ſich nun der Fiduciar mit der Einrede ſchützen, daß die Erbſchaft bereits reſtituirt ſey[43]). Iſt hingegen die Erbſchaft noch nicht abgetreten, ſo muß die Querel gegen den Fiduciar angeſtellet werden[44]); und wenn dieſer auch während des Prozeſſes die Erbſchaft an

Klage gegen den Fideicommiſſar, als Beſitzern der Erbſchaft, zu geſtatten. Denn der directe Erbe konnte bey dem Prozeß kein weiteres Intereſſe haben, weil er die Erbſchaft bereits abgetreten hatte. Es wird jedoch vorausgeſetzt, daß die Erbſchaft ex SCto Trebelliano war reſtituirt worden. Denn hier war der Fideicommiſſar heredis loco. Geſchahe hingegen die Reſtitution ex SCto Pegasiano, ſo wurde der Fideicommiſſar nur wie ein Legatar angeſehen. §. 5. *I. de fideic. hereditat* Das Letzere fällt nunmehr weg. Man vergleiche über dieſes Geſetz vorzüglich *Ant.* FABRI Conjectur. juris civ. Lib. XVII. cap. 1. und *Marci* LYCKLAMA *a* NYHOLT Membranar. lib. I. Eccl. 5.

40) §. 3. 4. 5. *et* 6. *I. de fideicomm. hereditat.*

41) §. 3. *I. cit. de fid. hered.*

42) §. 4. *I. eodem.*

43) *L.* 27. §. 7. *D. ad SCtum. Trebellian.*

44) Es iſt jedoch nicht nöthig, daß der Fideicommiſſar adcitirt werde. Um indeſſen alle Colluſion zu verhüten, iſt dem Fideicommiſſar die Intervention erlaubt. *L.* 29. *D. h. t.* FABER c. l. pag. 597.

an den Fideicommiſſar abgeliefert haben ſollte, ſo geht doch der Prozeß gegen den Fiduciar bis zur Sentenz fort, und es iſt, wenn gegen den Fiduciar erkannt wird, die geſchehene Reſtitution an den Fideicommiſſar wieder aufzuheben [45]). Sonſt kann nach der Reſtitution der Fiduciar nur noch dann in Anſpruch genommen werden, wenn er ſich entweder muthwillig zum Rechtsſtreit dargeſtellt, als wenn er die Erbſchaft noch nicht reſtituirt hätte [46]), oder einen Theil derſelben zurückbehalten hat. Denn die gegen den Fideicommiſſar geſprochene Sentenz hindert nicht, daß nicht der Fiduciar in Rückſicht ſeiner Perſon und des zurückbehaltenen Theils der Erbſchaft immer noch als wirklicher Erbe anzuſehen, und folglich in ſo weit das Teſtament noch nicht reſcindirt zu halten ſey [47]). Hat jedoch der Ausgeſchloſſene zuerſt gegen den Fiduciar geklagt, und ein obſiegliches Urtheil erhalten, wodurch das Teſtament reſcindirt worden iſt, ſo findet die Querel nicht weiter gegen den Fideicommiſſar Statt, ſondern gegen dieſen wird die ordentliche Erbſchaftsklage angeſtellt [48]). Denn iſt das Teſtament reſcindirt, ſo kann auch das Fideicommiß nicht weiter gelten [49]).

Uebrigens iſt noch in Abſicht auf den eingeſetzten Erben, wider welchen die Inofficioſitätsklage erhoben wird, ein Unterſchied zu machen, ob dieſe Klage von Kindern, Eltern oder Geſchwiſtern

45) *L.* 55. §. 5. *D. ad SCtum. Trebell.* Weſtphals hermeneut. ſyſt. Darſtellung der Rechte von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen §. 1707. S. 1167.

46) *L.* 63. §. 2. *D. eod.* Weſtphal a. a. O. §. 1708.

47) S. Faber c. l. und Lycklama c. l. pag. 27.

48) *Luc. van de* Poll de exheredat. et praeterit. cap. 82. §. 6.

49) *L.* 13. *in f. D. h. t. L.* 160. §. 2. *D. de Reg. iuris.*

ſchwiſtern angeſtellet wird. Bey Kindern und Eltern kommt nichts darauf an, wer zum Erben eingeſetzt worden iſt [50]). Dieſe können die Querel gegen einen jeden Erben anſtellen, und wenn auch der Landesherr ſelbſt zum Erben eingeſetzt worden wäre [51]). Es findet auch die Klage gegen einen Notherben Statt, wenn dieſer mit Ausſchließung des Klägers zum Univerſalerben iſt eingeſetzt worden [52]). Iſt jedoch mit dem Notherben noch ein willkührlicher Erbe zugleich inſtituirt worden, ſo findet die Querel nur gegen den letztern Statt [53]). Z. B. die Mutter hat in ihrem Teſtament einen Fremden, und dann eine von ihren beyden Töchtern eingeſetzt, die andere aber präterirt. Hier kann die übergangene Tochter nur gegen den im Teſtament eingeſetzten Fremden die Querel anſtellen, gegen ihre Schweſter hat ſie keine Klage [54]). Denn die Klägerin kann mehr nicht verlangen, als was dieſelbe ab intestato bekommen haben würde. Dieſen Theil kann ſie nicht von ihrer eingeſetzten Schweſter fordern, die ſelbſt nicht mehr aus dem Teſtament erhalten

hat,

50) *L.* 31. §. 1. *D. h. t.* Quantum ad inofficiosi liberorum vel parentium querelam pertinet, nihil interest, quis sit heres scriptus, ex liberis, an extraneis, vel municipibus.

51) *L.* 8. §. 2. *D. h. t.*

52) Voet in Commentar. ad Dig. h. t. §. 12. Es iſt daher lächerlich, wenn Mencken in Doctrina de actionib. for. Sect. III. cap. II. membr. III. §. 18. dem Beklagten die exceptio compententis iuris cohereditarii giebt; welcher deshalb vom Madihn not. 1194. ad *Eundem* zu recht gewieſen worden iſt.

53) Donellus in Commentar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 9. pag. 1100.

54) *L.* 19. *D. h. t.*

hat, als was ihr, wenn auch das Teſtament reſcindirt wird, ab intestato gebührt [55]). Außerdem können nach befinden der Umſtände auch Kinder gegen ihre Eltern und Eltern gegen ihre Kinder die Querel anſtellen [56]) Z. B. eine Mutter hat ihren Sohn enterbt, und den Vater deſſelben zum Erben eingeſetzt [57]); oder ein Sohn hat ſeine Mutter über=

55) Donellus c. l.

56) Voet c. l.

57) Von dieſem Falle verſteht Voet die *L.* 22. *pr. D. h. t.* wo Tryphonin ſagt: Filius non impeditur, quominus inofficiosum testamentum matris accusaret, si pater eius legatum ex testamento matris accipiet, vel *adiisset hereditatem*, quamquam in eius esset potestate: nec prohiberi patrem, dixi, *iure filii* accusare: *nam indignatio filii est.* Allein hier iſt von einem ſolchen Falle die Rede, wo der Sohn, den die Mutter enterbt hatte, noch unter der väterlichen Gewalt ſteht. Hier kann nicht der Sohn ſelbſt ohne Einwilligung des Vaters klagen, ſondern der Vater ſtellt die Querel filii sui nomine an. *L.* 17. §. 10. *et* 11. *D. de injur. L.* 8. *pr. D. h. t.* Noch weniger konnte hier der Sohn gegen den Vater ſelbſt klagen. *L.* 4. *D. de iudic.* Daher bemerkt Pothier in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. nr. L. not. e. daß Tryphonin ſo zu verſtehen ſey, wenn auch dem Vater in dem Teſtament ein Vermächtniß wäre hinterlaſſen worden, ſo hindere dieſes den Sohn nicht, quominus *per patrem*, cui *huius querelae ius*, *sicut caetera omnia*, *vi patriae potestatis acquirit*, inoffic. testamentum matris accusaret. Weſtphal von Teſtamenten §. 1096. ſtellt ſich den Fall ſo vor, als wenn dem enterbten Sohn ein Legat wäre vermacht worden, welches der Vater für den Sohn angenommen hat. Allein aus dem §. 1. ergiebt ſich das Gegentheil, wo es heißt, der Vater mache ſich des Legats nicht verluſtig, wenn er auch den Prozeß verliert, weil er im Namen

übergangen, und ſeine Schweſter eingeſetzt [58]). Hingegen können Geſchwiſter nur gegen einen ſolchen Erben klagen, der eine infamirte oder verächtliche Perſon iſt [59]). Wenn daher z. B. von zwey Erben der eine eine anſtändige, der ande-

Namen ſeines Sohns geklagt hat. Allein wie ſoll man ſich nun den Fall denken, wenn Tryphonin welcher ſagt: *vel adiisset hereditatem?* Wenn der Vater ſelbſt zum Erben eingeſetzt iſt, ſo kann er doch nicht im Namen ſeines Sohns gegen ſich ſelbſt klagen! Man muß ſich alſo, wie auch *Ios. Fernandez de* Retes in Adversariis de inofficioso testamento cap. 24. (in *Ger.* Meermanni novo Thes. iur. civ. Tom. VI. pag. 541.) bemerkt hat, einen ſolchen Fall gedenken wo der Vater einen Miterben hatte. Die Worte: Quamquam in eius esset potestate ſind ein Zweifelsgrund. Denn da der Sohn das ius querelae dem Vater erwarb, in deſſen Gewalt er noch war, ſo ſchien dem Vater entgegen zu ſtehen, daß er durch die Annahme des Legats den letzten Willen der Teſtirerin anerkannt hatte. Allein wer das Teſtament, das er als lieblos anfechten konnte, anerkennt, kann ſich nachher nur nicht mehr über ein Unrecht, über eine Beleidigung des Teſtirers gegen ſich beſchweren. Allein hier beſchwert der Vater ſich über ein Unrecht der Teſtirerin gegen ihren Sohn. Er klagt nicht aus eigenem Rechte, ſondern *iure filii.* Die *Basilica* Tom. V. Lib. XXXIX. pag. 203. haben die Stelle ſo überſetzt: *Εἴτε ληγάτον ὁ πατήρ μου λάβη ἐκ τῆς μητρῴας μου διαθήκην, ἢ καὶ τὴν κληρονομίαν αὐτῆς, ὀν κωλύομαι, καὶ ὑπεξούσιος αὐτοῦ ὢν κινεῖν τὴς κατὰ τῆς διαθήκης μέμψιν, καὶ ὁ πατήρ μου ὀνόματί μου κινεῖ. Si pater meus legatum accepit ex testamento matris meae, vel etiam hereditatem eius, non prohibeor, etiam si in eius potestate sim, agere querela inofficiosi, et pater meus nomine meo agit.*

58) *L.* 17. *C. h. t.*

59) *L.* 27. *C. h. t.*

andere aber eine ſchändliche Perſon iſt, ſo können die präterirten Geſchwiſter nur gegen den letztern Erben die Inofficioſitätsklage anſtellen, und deſſelben Antheil an ſich bringen[60]). Wird der Queruland Erbe des Teſtamentserben, ſo fällt die Klage weg, wenn nicht noch ein anderer Miterbe da iſt, gegen den die Klage gerichtet werden kann[61]). Auf jeden Fall aber kann die Querel erſt nach geſchehener Antretung der Erbſchaft gegen den Teſtamentserben angeſtellt werden[62]). Denn wird die Erbſchaft aus dem Teſtament nicht angetreten, ſo iſt die darin geſchehene Enterbung ohne Wirkung, und kann daher auch dem Enterbten nicht ſchaden[63]). Die Enterbung wird alſo, wie Retes[64]) ſagt, erſt durch die Antretung der Erbſchaft aus dem Teſtament beſtätiget. Dieſem gilt vollkommen gleich, wenn der eingeſetzte Erbe die **Bonor. possessio secundum tabulas** erhalten hat[65]). Damit jedoch der eingeſetzte Erbe ſeine Erklärung nicht zur Ungebühr verzögere, ſo iſt ihm eine Zeit geſetzt, binnen welcher er ſich erklären muß, ob er die Erbſchaft annehmen wolle, oder nicht. Dieſes iſt eine Friſt von 6 Monaten, wenn beyde Theil ein eben derſelben Provinz wohnen, von einem Jahre hingegen, wenn ſie in verſchiedenen Provin-

60) *L.* 24. *D. eod.* Weſtphal von Teſtamenten. §. 1040.

61) *L.* 31. §. 2. *D. h. t.*

62) *L.* 8. §. 10. *D. h. t.* — Ante aditam hereditatem nec nascitur querela.

63) *L.* 20. *D. de Bonor. poss. contra. tabul.*

64) Adversar. de inofficioso testam. Cap. XVIII. §. 10.

65) *L.* 12. §. 5. *D. de bonis libertor.* Ex testamento autem, ex quo neque adita hereditas est, neque petita bonorum possessio liberis exheredatio non nocet.

vinzen ihr Domicilium haben[66]). Heut zu Tage kann zwar dem Erben auf Anſuchen des Klägers eine präcluſiviſche Friſt zu ſeiner Erklärung von dem Richter geſetzt werden[67]); tritt jedoch der Erbe die Erbſchaft mit der Rechtswohlthat des Inventariums an, ſo darf ihm wenigſtens die mit dieſer Wohlthat geſetzlich verknüpfte Deliberationsfriſt nicht benommen, noch demſelben zugemuthet werden, ſich vor Vollendung des Inventariums mit dem Ausgeſchloſſenen in einen Prozeß einzulaſſen[68]).

§. 557.

Grund und Zweck der Inofficioſitätsquerel.

Soviel den Grund der Querel anbetrifft, ſo kommt es auf die Frage an, ob der ehemalige Vorwand, deſſen ſich urſprünglich der Kläger bedienen mußte, als ob der Teſtirer nicht bey geſundem Verſtande könne geweſen ſeyn, daß er eine ſo unbillige Anordnung über ſeinen Nachlaß gemacht hat[69]), auch noch nach dem neueſten Rechte Statt finde, und daher heutiges Tages noch zur Begründung dieſer Kla-

ge

66) *L.* 36. §. 2. *Cod. h. t.*

67) S. Weſtphal von Teſtamenten §. 1037. S. 772.

68) *L.* 22. §. 11. *C. de iure delib.* Donec autem inventarium conscribitur: vel si res praesto sint, *intra tres menses*: vel si abfuerint, *intra annale spatium*, nulla erit licentia, neque creditoribus neque legatariis vel fideicommissariis eos vel inquietare, vel ad iudicium vocare; — *sed sit hoc spatium ipso iure pro deliberatione heredibus concessum.* S. Carl Reichhelms Verſuch einer Auslegung dunkler für den Theor. und Praktiker gleich wichtiger Geſetze. Nr. VI. §. 8. u. 9.

69) *L.* 2. *D. h. t.*

ge erforderlich ſey? Es giebt hierüber dreyerley Meinungen unter den Rechtsgelehrten. Einige[70]) wollen behaupten, daß jener **color furoris** auch durch die Novelle 115. nicht aufgehoben, ſondern ſogar auch dann zum Grunde zu legen ſey, wenn die Querel von Kindern oder Eltern angeſtellet wird. Denn zeugt nicht, ſagt man, die falſche Beſchuldigung eines unſchuldigen Kindes von Abweſenheit des ruhigen Selbſtbewußtſeyns? Es thue nichts, daß die Vermächtniſſe gültig bleiben, denn die **fictio furoris** ſey durch das neue Geſetz nur auf die Erbeinſetzung eingeſchränkt, dahingegen die übrigen **capita testamenti, tanquam a sano homine facta**, für gültig erklärt würden. Andere[71]) hingegen machen einen Unterſchied zwiſchen Kindern, Eltern und Geſchwiſtern, und glauben, daß zwar bey den Kindern und Eltern, wenn ſie die Querel anſtellen, der alte Vorwand einer Wahnſinnigkeit unnöthig ſey, indem ſich dieſelben darin gründen könnten, daß die im Teſtament angeführte Urſache unwahr ſey, und nimmermehr vom Beklagten erwieſen werden kön-

70) *Vigl.* Zuichemus in Comment. in dec. titulos. Institution. h. t. Princ. nr. 2. p. 174. *Arn.* Vinnius in Comm. ad Princ. I. h. t. nr. 8. *de* Cocceji in iure civ. controv. h. t. Qu. 3. und Weſtphal von Teſtamenten §. 1009.

71) *Ant.* Faber in Rational. ad L. 2. D. h. t. *Claud.* Chifletius de iure fideicommissor. lib. III. cap. 12. (in *Operib. quae de iure fec.* P. I. *Lugd.* 1584. 8.) pag. 361. *Chr. Fried. Benj.* Hommel Diss. de differentiis inter querelam inoff. quae parentibus ac liberis, et quae fratribus competit. §. XII. *Sim. Pet.* Gasser Diss. de origine querelae inoff. §. 30. et 31. *Io. Chr.* Woltaer in Observ. iur. civ. et Brand. Fasc. I. Obs. 26. pag. 225. et Fasc. II. Obs. 27. Voot Lehre von der Enterbung §. 13. u. §. 23.

ne; dahingegen bey der Querel der Geſchwiſter jene Fiction noch heutiges Tages gebraucht werden müßte. Denn in Anſehung derſelben ſey das alte Recht nicht abgeändert. Endlich giebt es Rechtsgelehrten[72]), welche ohne Unterſchied behaupten, daß es heutiges Tages des **coloris dementiae** bey der Querel gar nicht mehr bedürfe, ſie möge von Kindern, Eltern oder Geſchwiſtern angeſtellet werden. Denn die römiſchen Rechtsgelehrten mußten zu jener Fiction darum ihre Zuflucht nehmen, weil ſonſt durchaus kein Mittel übrig war, ein Teſtament zu impugniren, welches nach den Geſetzen der zwölf Tafeln eine unumſtößliche Gültigkeit hatte. Wäre die Inofficioſitätsklage gleich Anfangs durch ein ausdrückliches Geſetz eingeführt worden, ſo hätte es nie eines ſolchen Vorwandes bedurft. Da nun in der Folge die Querel, und zwar in Anſehung der Geſchwiſter durch die Ver-

72) Struv Syntagm. iur. civ. Exerc. X. Th. 3. *Ge.* Frantzkius in Commentar. in Pand. h. t. nr. 12. pag. 209. *Ant.* Schulting Thes. controvers. Dec. XV. §. 5. *Bern.* Schotanus Exam. iurid. h. t. pag. 268. (*Amstelod.* 1646. 8.) *Corn. van* Bynkershoek Observ. iuris Rom. Lib. II. c. 12. *Ev.* Otto in Comment. ad Pr. Institut. h. t. Böhmer doct. de actionib. Sect. II. cap. 3. §. 37. *Tob. Jac.* Reinharth Select. Observat. ad *Christinaei* Decision. Vol. IV. Obs. 83. pag. 138. *Ferd. Aug.* Hommel Diss. de victoria querelae inoff. tertio proficua. §. 8. *Dan. Frid.* Hoheisel in Diss. I. de fictionibus iuris, in cerebro ICtorum natis atque e sana iurisprudentia eliminandis. *Hallae* 1727. §. 36. Hofacker Princip. iur. civ. T. II. §. 1690. not. a. *Chr. Iac.* Zahn in Diss. de fictionibus iuris Rom. praes. *Christ.* Gmelin *Tübingae* 1787. pag. 29. Madihn Princ. iur. Rom. de Success. §. 141. und Stein Lehre des R. R. von pflichtwidrigen Teſtamenten §. 34. S. 141. folg.

Verordnung des Kaiſers Conſtantin in der L. 27. Cod. h. t. in Anſehung der Kinder und Eltern aber durch die Nov. 115. ihre geſetzliche Beſtimmung erhalten hat, ſo falle der Grund jenes ehemaligen Vorwandes weg.

Soviel iſt gewiß, daß bey der Querel der Kinder und Eltern das alte Fundament eines erdichteten Wahnſinns des Erblaſſers durch die 115. Novelle iſt aufgehoben worden. Die Worte des 3. und 4. Kap. ***Si autem haec observata non fuerint*** etc. laſſen nicht den mindeſten Zweifel übrig, daß nach Maasgebung derſelben der Grund der Querel, ſo wie ſie von Juſtinian modificirt worden iſt, darin zu ſetzen ſey, daß die Ausſchließung ohne Anführung einer geſetzmäßigen Urſache, geſchehen, oder daß die dem Kläger zur Laſt gelegte Urſache, wenn ſie auch geſetzmäßig, doch ganz ungegründet, und folglich das Teſtament für pflichtwidrig zu halten ſey[73]). Noch mehr aber ſieht man, daß nach der Nov. 115. die alte Fiction wegfalle, auch daraus, weil außer der Erbeinſetzung alles gültig bleibt. Denn der Grund, warum ehemals das ganze Teſtament auch mit ſeinen Anhängen durch die Querel aufgehoben ward, wird ja ausdrücklich darin geſetzt, ***quia crederetur, quasi furiosus testamentum facere non potuisse;*** wie Claudius bey Scävola[74]) bemerkt hat, daher fielen auch die Legate weg, ***quasi a demente*** relicta[75]).

Allein wenn Geſchwiſter die Querel anſtellen, denen der Teſtirer eine ſchändliche Perſon vorgezogen hat, ſo

73) S. Mencken Doct. de action. for. pag. 373. und Carrach Adnotat. ad Boehmeri doctr. de actionib. pag. 182.

74) *L.* 36. *D. de legat. III.*

75) *L.* 13. *D. h. t.*

ſo läßt ſich die Novelle 115. auf ſie nicht anwenden, da ſie der Geſchwiſter mit keinem Worte erwähnet[76]). Bey deren Ausſchließung ſind auch keine Beleidigungsurſachen geſetzlich beſtimmt, ſondern alles iſt beym Alten geblieben. Hier halte ich es alſo für nöthig, daß der Kläger das alte Fundament zum Grunde lege, wenn er den Effect intendirt, daß das Teſtament ganz, und folglich auch in Anſehung der Vermächtniſſe, aufgehoben werde. Denn Grund und Wirkung der Klage ſind hier unzertrennlich verbunden. Es läßt ſich auch nicht behaupten, daß hierin durch die *L. 27. C. de inoff. testam.* etwas geändert ſey. Denn ſonſt wäre unbegreiflich, wie die Verfaſſer der Pandecten aus Marcians Inſtitutionen die Stelle hätten excerpiren können[77]). **Hoc colore de inofficioso testamento agitur, *quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent.* Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit: sed rite quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis. Nam si vere furiosus esset, vel demens, nullum est testamentum.** Geſetzt aber auch, ſie hätten dieſe Stelle gedankenlos abgeſchrieben, ſo würde es ihnen doch wenigſtens nachher noch beygefallen ſeyn, daß der **color furoris** aufgehoben ſey, wie ſie aus Marcells Digeſten die Stelle[78]) aufnahmen: **Huius autem verbi *de inofficioso* vis illa est, docere immerentem se, et ideo et indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum: resque *illo colore* defenditur apud iudicem, *ut videa-***

76) S. Haubold ad *Bergeri* Oeconom. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. XVII. not. s. pag. 404.

77) L. 2. D. h. t.

78) *L.* 5. *D. eodem.*

videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret, wenn ſie nicht vielmehr hierdurch das Gegentheil lehren, und ein noch gültiges Fundament der Querel hätten bezeichnen wollen. Es würde auch gewiß Theophilus in ſeiner griechiſchen Paraphraſe über Juſtinians Inſtitutionen bey dem Titel *de inofficioso testamento* ſeinen Zuhörern, denen er ſie, wie Wilh. Otto Reitz[79]) mit vieler Wahrſcheinlichkeit gezeigt hat, in die Feder dictirte, wenigſtens mit zwey Worten geſagt haben, der **color insaniae testatoris** ſey jetzt eine Antiquität, wenn dem wirklich ſo geweſen wäre. Allein er paraphraſirt gerade ſo, wie der Text **Princ. I. h. t.** in den Inſtitutionen lautet[80]): *Εν εσχάτη τοίνυν βοηθείᾳ ἐπενοήθη τοῖς παισὶ* de inofficiosi, *μεμφομένοις καὶ λέγουσιν, ἀδίκως αὐτοὺς ἐξερεδάτους γενέσθαι ἤγουν πραιτεριτευθῆναι, ταῦτο προϊσχομένοις τὸ χρῶμα, ὡς ὅτι μεμηνὼς ἦν ὁ τελευτήσας, ἡνίκα τὴν διαθήκην διετύπου.* Hierzu kommt, daß die oben aus Marcians Inſtitutionen angeführte Stelle auch wörtlich in die Baſiliken[81]) übertragen worden iſt; und in den Scholien[82]) derſelben wird noch die Bemerkung gemacht: *infirmatur enim testamentum, ac si a furioso factum. Cur enim furorem non dicemus, naturae succensere?* Es iſt daher ganz unrichtig, wenn Barthol. Leonh. Svendendörfer[83]) in ſeinem Formular, den Grund der Klage

ſo

79) *Praefat.* editioni suae praem. (*Hagae Comit.* 1751. 4.) §. 46. pag. 27.

80) Tom. I. pag. 416. seq.

81) Tom. V. Lib. 39. Tit. I. pag. 195.

82) Tom. V. pag. 222.

83) Tract. theor. pract. de actionibus successoriis pag. 87.

ſo gefaßt hat: Da nun ſolch Teſtament darum, weil Beklagter wegen des begangenen Verbrechens des Landes verwieſen worden iſt, zu Recht nicht beſtehen kann ꝛc.

Der Zweck der Querel geht nun auf Reſciſſion des Teſtaments und Abtretung der Erbſchaft [84]). Nicht immer kann man jedoch durch die Querel die ganze Erbſchaft einklagen, ſondern zuweilen iſt dieſe Klage nur eine *hereditatis petitio partiaria*. Hierher gehören folgende Fälle.

I) Wenn der ausgeſchloſſene Notherbe nicht der einzige Inteſtaterbe iſt. Hier kann er nur auf den Theil der Erbſchaft klagen, den er *ab intestato* bekommen haben würde [85]). Es laſſen ſich hier folgende Fälle gedenken.

1) Der ausgeſchloſſene Notherbe ſtellt die Querel in einem Falle an, wo noch andere nicht übergangene Notherben vorhanden ſind. Auf dieſen Fall beziehen ſich folgende Geſetzſtellen.

a) *L.* 8. §. 8. *D. h. t.* wo Ulpian ſagt: **Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur: utputa, sumus duo filii exheredati; et utique faciat, ut *Papinianus* respondit. Et *si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere.*** Ein Vater hatte ſeine beyden Söhne enterbt, und einen Fremden zum Erben eingeſetzt, jedoch dem einen

84) S. Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 547.

85) Man vergleiche vorzüglich *Ed.* Schrader **Comment. de nexu successionis ab int. et querelae inoff. testamenti. §. 64. seqq.**

einen Sohne ſoviel vermacht, als ſein Pflichttheil zur Zeit Ulpians betrug. Hier entſtand erſtens die Frage, kann der Sohn die Querel anſtellen, dem der Vater den Pflichttheil hinterlaſſen hat? Mit Recht entſcheidet Ulpian dieſe Frage verneinend. Denn wer ſeinen Notherben den Pflichttheil hinterläßt, und dies konnte zu Ulpians Zeiten auch titulo singulari geſchehen, iſt gegen die Querel geſichert. Allein wie wenn dem Sohn nicht der vierte Theil des ganzen Vermögens, ſondern nur der vierte Theil der Hälfte, welche er ab intestato geerbt haben würde, wäre ausgeſetzt worden; muß er ſich auch dann damit begnügen, wenn der andere enterbte Sohn nicht klagt, weil er vielleicht mit Recht enterbt worden iſt, oder kann er nicht vielmehr hier den vierten Theil der ganzen Verlaſſenſchaft fordern? Keineswegs, weil bey der Berechnung des Pflichttheils auch das enterbte Kind mitgezählt wird, eben ſo, als ob es mit Antheil nähme [86]). Allein wie wenn der entgegengeſetzte Fall eintritt, und das enterbte Kind, dem nichts vermacht worden iſt, klagt, und auch wegen der unbilligen Enterbung klagen kann? Hier entſteht die Frage, ob auf das andere enterbte Kind, welches auf den Pflichttheil geſetzt iſt, und daher nicht klagen kann, Rückſicht zu nehmen ſey? **(an is, qui queri non potest, querenti partem faciat?)** Dieſe Frage iſt nach dem Ausſpruche Ulpians ebenfalls zu bejahen. Denn der enterbte Sohn kann hier durch die Querel nicht die ganze Erbſchaft, ſondern nur die Hälfte derſelben als den Theil einklagen, welchen er ab intestato bekommen haben würde. Nach dieſer Erklärung fällt nun alle Kritik bey dieſer Stelle als unnütz hinweg, und es iſt gar kein Grund vorhanden, die Worte: *et si dicum inofficiosum,*

86) Weſtphal von Teſtamenten §. 395. S. 281.

ciosum, *non totam hereditatem debeo*, *sed dimidiam petere*, mit Anton Faber[87]) und Desiderius Heraldus[88]) für einen unächten Zuſatz eines unwiſſenden Interpreten zu halten, was auch ſchon Ulrich Huber[89]) widerlegt hat. Ich will nur noch theils zur Beſtärkung der vorgetragenen Erklärung, theils auch zur völligen Widerlegung der unnöthigen Faberſchen Kritik, hier kürzlich hinzufügen, wie die Stelle in den Baſiliken lautet, und wie ſie von den Scholiaſten derſelben verſtanden worden iſt. In den *Basilicis* **Lib. 39. Tit. I.**[90]) iſt der Sinn jener Stelle ſo gefaßt: *Ο μὴ κινῶν, μεῖοι το μέρος τοῦ κινοῦντος, εἰ γὰρ εἰσι δύο παῖδες, ὁ εἷς γινῶν ὀυκ ἀπαιτεῖ τὴν ὅλην κληρονομίδην, ἀλλὰ τό ἥμισυ.* d. i. ***Qui non agit*, *minuit partem eius*, *qui agit*, *ut si sint duo filii*, *is*, *qui agit*, *solus non assem*, *sed semissem petit*.** Der Scholiaſt erläutert nun dieſe Stelle ſo[91]): **Quoniam iam ante diximus, legitimam portionem, relictam filio, excludere querelam, illud inde quaeri inspicique dignum est, an filius exheredatus, qui non queritur, partem faciat fratri? Hoc vero quid sit, ostendam apertius. Quidam habens duos filios, extraneum instituit heredem, filios exheredavit et uni filio reliquit octavam partem bonorum suorum, alteri nihil, hic vero filius, cui nihil reliquit pater, tacet,**

87) In Rational. ad L. 8. §. 8. D. h. t.

88) De rerum iudicatar. auctoritate L. II. cap. 14. §. 4. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iur. Rom.* a Tom. II. pag. 1225. seq.)

89) In Eunomia Rom. (*Franequerae* 1700) ad L. cit. 8. §. 8. Dig. h. t. §. 4. pag. 248.

90) Tom. V. pag. 198.

91) Tom. V. pag. 239.

tacet, nec repudiat tamen querelam, alter, qui habet octavam partem ex voluntate testatoris, vult etiam habere alteram octavam, dicens fratrem suum exheredatum et tacentem pro mortuo haberi, et se solum superesse filium defuncti, ac consequenter deberi sibi integram portionem legitimam. Et haec eo dicente et allegante, *Papinianus* ait, partem ei facere fratrem, qui tacet non repudiandi animo, hoc est, partem simul eum illo habere, nec solum illum superesse videri, qui modo insurgit, nec debere ferre integram portionem legitimam. Partem vero facit fratri, adeo, ut cum nihil sibi reliquerit testator, et competat querela inofficiosi ad rescindendum testamentum, taceat vero ipse, et alter agat, ex parte tantum rescindatur testamentum.

b) *L.* 19. *D. h. t.* wo Paulus folgenden Fall vorträgt: Mater decedens, extraneum de dodrante heredem instituit, filiam unam ex quadrante, alteram praeteriit; haec de inofficioso egit, et obtinuit. Quaero, scriptae filiae quomodo succurrendum sit? respondi: *filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset.* Itaque dici potest, eam, quae omissa est, etiamsi totam hereditatem ab intestato petat, et obtineat, solam habituram universam successionem, quemadmodum si altera omisisset legitimam hereditatem. Sed non est admittendum, ut adversus sororem audiatur, agendo de inofficioso. Praeterea dicendum est, non esse similem omittenti eam, quae ex testamento adiit, et ideo ab extraneo semissem vindicandum: et defendendum, totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat. Secundum

quod

quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur: licet quasi furiosae iudicium ultimum eius damnetur. Caeterum si quis putaverit, filia obtinente, totum testamentum infirmari: dicendum est, etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem. Nec enim, que ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri: cum et hi, qui sciant, ius suum eligentes id, quod putant sibi competere, non amittant: quod evenit in patrono, qui iudicium defuncti, falsa opinione motus, amplexus est; is enim non videtur bonorum possessionem contra tabulas repudiasse. Ex quibus apparet, non recte totam hereditatem praeteritam vindicare: cum, rescisso testamento, etiam institutae salvum ius sit adeundae hereditatis.

Dieſe Stelle iſt etwas dunkel, wegen der vielen eingemiſchten Zweifelsgründe. Sondert man aber dieſelben von der Entſcheidung des Geſetzes ſelbſt gehörig ab, ſo wird alle Dunkelheit verſchwinden. Der Fall iſt der: eine Mutter hatte in ihrem Teſtamente einen Fremden zu drey Viertheilen, und daneben noch eine von ihren Töchtern in dem übrigen Theile der Erbſchaft eingeſetzt, die andere Tochter aber präterirt. Die ausgeſchloſſene Tochter ſtellte nun gegen das mütterliche Teſtament die querelam inofficiosi an, und gewann den Prozeß. Es entſtand alſo die Frage, ob ſich die Klägerin den ganzen Nachlaß anmaßen könne? Paulus beantwortet die Frage dahin, die übergangene Tochter hätte eigentlich nur auf den Theil der Erbſchaft klagen ſollen, den ſie bekommen haben würde, wenn die Mutter ohne Teſtament verſtorben wäre, alſo auf die

Hälfte.

Hälfte. Nun aber hatte ſie in dem gegenwärtigen Falle durch die Querel das Teſtament umgeſtoßen. Es könnte alſo ſcheinen, daß, wenn ſie auch die ganze Erbſchaft **ab intestato** verlange, ſolche der präterirten Tochter nicht abgeſprochen werden könne[92]), weil die andere im Teſtamente eingeſetzte Tochter durch Annehmung ihres Erbtheils ſich der geſetzlichen Erbfolge begeben zu haben ſcheint. Dieſem Einwurfe, den ſich der Juriſt ſelbſt macht, begegnet er jedoch auf folgende Art. Es ſey nicht zu behaupten, daß in dem vorliegenden Falle das ganze Teſtament umgeſtoßen worden ſey. Denn die übergangene Tochter konnte doch die Querel nur gegen den im Teſtament inſtituirten Fremden anſtellen, gegen ihre Schweſter hatte ſie keine Klage, in Anſehung derſelben bleibe alſo das Teſtament gültig. Sey nun aber das Teſtament nur in Anſehung des fremden Erben als pflichtwidrig reſcindirt worden, ſo könne ja auch die **causa intestato** nur in Abſicht auf die drey Viertheile der Erbſchaft eintreten, welche dem fremden Erben im Teſtament waren hinterlaſſen worden; folglich könne doch die übergangene Tochter nicht die ganze Erbſchaft fordern. Sie könne aber auch nicht einmal den ganzen **dodrantem** verlangen, als ob ſie die alleinige Inteſtaterbin wäre. Denn es laſſe ſich mit Grund nicht behaupten, daß die andere Schweſter durch Annehmung ihres Erbtheils aus dem Teſtamente

92) Daß Paulus einen ſolchen Fall hier annehme, wo die Tochter auf die Aufhebung des ganzen Teſtaments geklagt hatte, welches ihr doch nicht zuſtand, glaubt auch Cujaz **ad h.** *L.* ferner Faber in **Rational. ad h. L.** und *Luc. van de* **Poll de exheredat. et praeterit. cap. 78. §. 17.** Das **Itaque** bedeutet alſo hier ſoviel als **atqui.**

mente ſich der Inteſtaterbſchaft begeben habe. Die Klägerin werde alſo von dem dodrante, welcher dem fremden Teſtamentserben abgeſtritten worden iſt, mehr nicht erhalten, als den semissem, den ſie ab intestato aus der mütterlichen Erbſchaft bekommen haben würde. Das übrige Viertel von dem dodrante hingegen wird ſie, da das Teſtament nun einmal in Anſehung des fremden Teſtamentserben wäre aufgehoben worden, ihrer eingeſetzten Schweſter überlaſſen müſſen[93]). Denn ein für allemal konnte die ausgeſchloſſene Tochter von dem fremden Teſtamentserben mehr nicht, als die Hälfte der ganzen Erbſchaft fordern, als ſoviel ihr ab intestato gehört hätte; und es laſſe ſich daher vollkommen rechtfertigen, wenn die andere Hälfte der Erbſchaft der eingeſetzten Tochter zugeſprochen wird[94]). Auf ſolche Art werde alſo das Teſtament nicht ganz aufgehoben, und die Inteſtaterbfolge trete nur pro parte ein. Wollte man aber auch, ſetzt Paulus noch zu mehrerer Beſtärkung ſeiner Behauptung hinzu, allenfalls behaupten, daß das

93) S. Pothier Pandect. Justin. Tom. I. h. t. Nr. XXXIV. not. I. pag. 194.

94) Die Worte: *quasi semis totus ad hanc pertineat*, ſind alſo wahrſcheinlich von der inſtituirten Tochter zu verſtehen, wie auch Weſtphal von Teſtamenten §. 1042. S. 777. glaubt, und eben dies beſtärken auch die *Basilica* Lib. XXXIX. Tit. 1. Tom. V. pag. 201. wo die *L.* 19. *h. t.* nach Fabrots Verſion ſo lautet: *Quaedam mulier habens duos filios, unum ex quadrante heredem scripsit, alterum praeterivit, et extraneum ex dodrante. Praeterito est tantum actio in extraneum, per quam semissem recipit, atque ita refuncta, et ex testamento, et ab intestato heredem habet. Concurrit enim cum eo, qui agit, frater, qui heres scriptus est, et percipit reliquum quadrantem.*

das Teſtament der verſtorbenen Mutter durch die Querel der ausgeſchloſſenen Tochter ganz aufgehoben worden wäre, ſo würde doch auch in dieſem Falle die präterirte Tochter mehr nicht als die Hälfte der mütterlichen Erbſchaft verlangen können, weil ſie nicht die einzige Inteſtaterbin iſt. Denn von der andern eingeſetzten Tochter läßt ſich nun ein für allemal nicht behaupten, daß ſie durch Antretung der Erbſchaft aus dem Teſtamente auf die Inteſtaterbſchaft Verzicht gethan habe. Denn ſie konnte ja die Erbſchaft nicht gleich Anfangs **ab intestato** antreten, weil ein Teſtament da war, welches ſie ihrer Seits nicht anfechten durfte; auch konnte ſie nicht vorausſehen, ob ihre Schweſter den Prozeß gewinnen, und ihr die Erbſchaft **ab intestato** zufallen würde. Wer ſich nun eines Rechts nicht bedient, deſſen er ſich nicht bedienen konnte, begiebt ſich deſſelben nicht, er kann folglich deſſelben nicht verluſtig erklärt werden, wenn es ihm nachher deferirt wird. So läßt ſich nun dieſe ſchwierige Stelle, deucht mir, ganz wohl verſtehen. Zwar will Weſtphal[95]) den guten Paulus einer großen Sünde beſchuldigen, daß er der Klägerin nur die Hälfte der mütterlichen Erbſchaft zugeſprochen, ſie müſſe vielmehr die drey Viertheile bekommen, die dem **extraneus** hinterlaſſen worden ſind. Denn das Teſtament werde nur zum Theil umgeworfen, nämlich zum Theil des Fremden. Zum Theil der eingeſetzten Tochter hingegen bleibe es gültig; und doch ſoll dieſe mehr bekommen, als was ihr im Teſtament gegeben iſt, wie reimt ſich das? Allein Weſtphal hätte ſich nur den Fall richtiger vorſtellen ſollen, den Paulus vor Augen hatte. Der römiſche Juriſt geht von dem ganz rich-

95) a. a. O. S. 775. folg.

richtigen Grundſatze aus, die präterirte Tochter kann durch die Querel mehr nicht verlangen, als ſoviel ſie ab intestato erhalten hätte, (*filia praeterita id vindicare debet, quod, intestata matre, habitura esset*). Wäre nun die Mutter ohne Teſtament geſtorben, ſo hätte ihr die Hälfte der ganzen Erbſchaft gehört. Sie konnte alſo auch nur auf dieſe Hälfte, und zwar gegen den eingeſetzten fremden Erben, klagen, (*et ideo ab extianeo semissem vindicandum*). Gegen ihre eingeſetzte Schweſter konnte ſie ohnehin nicht klagen, da dieſe ebenfalls eine Inteſtaterbin iſt, und im Teſtament noch nicht einmal ſo viel erhalten hat, als ihr Inteſtaterbtheil beträgt. Die eingeſetzte Tochter wird folglich ihren vierten Theil, der ihr im Teſtament hinterlaſſen worden, behalten. Das Teſtament kann alſo unter dieſen Umſtänden nicht ganz aufgehoben werden, (*secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur*), ſondern eigentlich nur pro semisse. Wäre nun der Fall, von dem Paulus ſpricht, nach dieſer richtigen Anſicht der Sache, von den Centumviralrichtern entſchieden worden, ſo hätte das übrige Viertel von dem dodrante den fremden Teſtamenterben verbleiben müſſen, wie auch Anton Faber[96]) ganz richtig behauptet, den Weſtphal[97]) aus unrichtiger Anſicht der Sache eines Irrthums beſchul-

96) Rational. in L. 19. D. h. t. Tom. I. pag. 167. — wo er ſagt: *Atque ita reliquus quadrans necesse est, ut ex eodem testamento remaneat penes extraneum ex dodrante institutum: nec enim potest ei auferri sive per filiam praeteritam, quae de inofficioso egit et obtinuit, quia non nisi pro semisse rescissum est testamentum, neque per filiam institutam, quia non fuit nisi ex dodrante instituta.*

97) Von Teſtamenten §. 1042. S. 777.

beſchuldiget, denn es liegt dieſes ganz im Geiſt der Entſcheidung des Paulus[98]). Damit kommt auch die Erklärung des Scholiaſten der Baſiliken[99]) überein, aus welcher ich nur folgende Worte zur Beſtärkung nach Fabrots Verſion anführen will: *Unde apparet, non in totum rescindi testamentum, sed* PRO SEMISSE *tantum matrem* INTESTATAM *fieri. Agit igitur filia praeterita* PRO PARTE, *et rescindit testamentum pro parte.*

So ſtimmen nun alſo Ulpian und Paulus darin überein, daß, wenn ein übergangener oder enterbter Notherbe die Querel in einem Falle anſtellt, wo noch andere nicht übergangene Notherben vorhanden ſind, die Klage nur darauf gerichtet werden könne, was der ausgeſchloſſene Notherbe ab intestato erhalten haben würde, und daß in einem ſolchen Falle das Teſtament nur pro parte reſcindirt werde. Eben dieſes behaupten unter den neuern Rechtsgelehrten auch Noodt[100]), Struv[1]), Cocceji[2]), Reuter[3]) und Hofacker[4]). Ein gleiches gilt

2) in dem Falle, wenn mehrere zur Querel gleich Berechtigte zuſammen treffen. Auch hier kann der Regel nach ein

98) Man ſehe auch SCHRADER Commentar. de nexu succ. ab int. et querelae inoff. test. §. 65.

99) Tom. V. pag. 250. a. E. u. folg.

100) Commentar. in Dig. h. t. pag. 165. seq. (*Oper.* Tom. II.)

1) Syntagm. iur. civ. Exerc. X. Th. 23.

2) Jur. civ. controv. h. t. Qu. 16.

3) Diss. de effectu querelae inofficiosi testamenti — intuitu non querentis. §. 40.

4) Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1699.

ein jeder nur auf den Theil der Erbſchaft klagen, den er **ab intestato** erhalten haben würde, und in ſo weit kann er alſo auch nur ſein Geſuch auf Reſciſſion des Teſtaments richten. Wenn alſo z. B. der Teſtirer ſeine beyden Kinder enterbt, und einen Fremden zum Erben ernannt hat, ſo kann jedes Kind nur zu ſeinem Antheil auf die Reſciſſion des Teſtaments klagen[5]). Was jedoch der Kläger in eigener Perſon durch die Querel nicht ausrichten kann, das erlangt er zuweilen durch das **ius accrescendi**, welches Recht auch bey der **querela inofficiosi** Statt findet. Wenn nämlich mehrere Notherben vorhanden ſind, welche das nächſte Recht zur Inteſtaterbfolge, und zur Querel haben, weil ſie alle ausgeſchloſſen ſind, und einer oder der andere entweder nicht klagen will, weil er ſich ſeines Klagerechts begeben hat, oder zwar geklagt hatte, den Prozeß aber nachher nicht fortſetzt, ſondern denſelben renuncirt, oder ſein Klagerecht durch Verjährung verloren hat, ſo wächſt deſſelben Antheil dem Klagenden dergeſtalt mit zu, daß dieſer nun ſeine Klage entweder auf die ganze Erbſchaft, oder wenigſtens auf dasjenige richten kann, was er **ab intestato** würde bekommen haben, wenn der andere nicht Klagende gar nicht exiſtirte[6]). Von dieſem Anwachſungsrechte bey der Querel handeln folgende Stellen unſers römiſchen Geſetzbuches.

a) *L.*

5) *Franc.* Connanus in Commentar. iuris civ. Tom. II. Lib. IX. cap. 8. fol. 698. b. *Arn.* Vinnius select. iur. civ. Quaest. Lib. I. cap. 21. pag. 51. Hofacker c. l. not. a. und Schrader cit. Commentat. §. 67.

6) Man vergleiche *Thom.* Papillonius de iure accrescendi in *Ev.* Ottonis *Thes. iuris. Rom.* Tom. IV. pag. 777. *Ger.* Noodt Com-

a) *L.* 17. *pr. D. h. t.* Hier ſagt Paulus: Qui *repudiantis animo*, non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eandem querelam movere volunt. Unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret, quia, rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset; hic si obtinuerit, uteretur rei iudicatae auctoritatae, quasi Centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint. Man nehme hier mit Paulus den Fall an, ein Vater habe ſeine beyden Söhne enterbt, und einen Fremden in ſeinem Teſtament zum Erben eingeſetzt. Hier ſteht beyden Söhnen die Querel zu, und jeder kann auf die Hälfte der Erbſchaft klagen. Allein begiebt ſich der eine Sohn ſeines Klagerechts, ſo kann nun der andere mit der Querel auf die ganze Erbſchaft klagen, weil ihm der Erbtheil ſeines Bruders accreſcirt. Paulus macht ſich zwar den Einwurf[7]), daß durch die Reſciſſion des Teſtaments

Commmentar. in Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 165. *Ios. Fernandez de* Retes Adversar. ad h. Tit. Cap. XX. §. 8. (in *Ger.* Meermanni *Thes. iur. civ. et canon.* Tom. VI. pag 535.) *Luc. van de* Poll de exhered. et praeterit. cap. LXXVIII. *Arn.* Vinnius Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 21. §. *Pendet autem.* pag. 51. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 18. circa fin. a verbis: *De querela* etc. Tom. I. pag. 461. edit. *Emminghaus* und Weſtphal von Teſtamenten §. 1025. S. 760.

7) Denn die Worte: *quia, rescisso testamento, alter quoque ad successionem ab int. vocatur, — non recte vindicasset*, enthalten blos einen Zweifelsgrund, und das Wort *quia* iſt hier für *quam-*

ments die Inteſtaterbfolge eintritt, zu welcher der nicht klagende Sohn ein gleiches Recht hat. Es könnte alſo ſcheinen, als ob der Kläger keinen gegründeten Anſpruch an der ganzen Erbſchaft machen könne. Allein der Juriſt antwortet darauf, der nicht klagende Sohn habe einmal auf die Querel Verzicht gethan, wollte er alſo gegen ſeinen Bruder auf einen Inteſtaterbtheil klagen, ſo wird ihm dieſer mit Recht die Einrede entgegenſetzen, daß er ein rechtskräftiges Erkenntniß für ſich habe, wodurch ihm die ganze Erbſchaft zugeſprochen worden, nicht anders, als ob er nun der einzige Inteſtaterbe ſey [8]). Es wird indeſſen freylich vorausgeſetzt, daß es zu der Zeit, als das klagende Kind die Querel auf die ganze Erbſchaft anſtellte, ſchon gewiß geweſen, daß ſich das andere ſeines Klagerechts begeben habe, wie auch die Worte **repudiantis animo** klar zu erkennen geben. Wenn alſo, ehe der **exheredatus non querens** ſich erklärt hatte, deſſen Bruder auf die ganze Erbſchaft geklagt hätte, und er hätte zufällig doch den Prozeß gewonnen, weil der Teſtamentserbe ihm deßhalb keinen Einwand machte, ſo wird dem andern die **exceptio rei iudicatae** nicht

quamvis geſetzt, wie Pothier in Pandectis Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXXIV. not. g. pag. 194. bemerkt.

8) Es war alſo Grundſatz, den die Centumviralrichter bey der Querel befolgten: Wer nicht klagt, ohnerachtet er hätte klagen können, iſt eben ſo anzuſehen als ob er gar nicht exiſtire. S. *Desid.* Heraldus de rerum iudicatar. auctoritate. Lib. II. cap. 14. §. 5. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 1226.) und *Car. Frid.* Zepernick ad *Siccamam*, de iudicio centumvirali Lib. II. cap. 6. not. i. pag. 154.

nicht entgegen ſtehen, wenn dieſer ſeinen Antheil von der Erbſchaft fordert, und dieſem wird alſo der Sieg des Querulanten in dieſem Falle nach dem Geiſt des Geſetzes allerdings zu Statten kommen [9]).

b) *L*. 23. §. 2. *D. h. t.* Si duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento egerint, et unus postea constituit non agere, *pars eius alteri accrescit*. Itemque erit, etsi tempore exclusus sit. Hier iſt von den andern beyden Fällen die Rede, wo der andere ebenfalls enterbte Notherbe geklagt hatte, allein den Prozeß liegen ließ, oder wo der andere die zur Anſtellung der Klage geſetzlich beſtimmte Friſt verſäumt hat. Uebrigens beweißt dieſe Stelle, daß es ganz unrichtig ſey, wenn einige Rechtsgelehrten [10]) behaupten wollen, daß in den vorgetragenen Fällen nicht ſowohl die portio des non querentis, als vielmehr die demſelben zuſtehende Querel accreſcire. Daß dieſe Lehre den Geſetzen und aller Rechtsanalogie widerſtreite, hat ſchon Pufendorf [11]) ganz überzeugend dargethan.

c) *L*. 16. *pr. D. eodem.* wo Papinian ſagt: Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum *de parte* (nämlich *dimidia*) ante egit et obtinuit,

9) Mit mir ſtimmen hierin überein Papillonius de iure accrescendi c. l. pag. 777. Vinnius c. l. und Reuter in Diss. de effectu querelae inoff. testam. intuitu non querentis §. 44. in Not. pag. 45. seq.

10) Z. B. *Luc. van de* Poll de Exheredat. et praeterit. cap. LXXVIII. §. 8. et 9. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1700. und Schrader in Commentat. saep. cit. §. 83.

11) Observation. iur. univ. Tom. II. Obs. 9. §. 9.

tinuit, filia, quae *non egit*, aut *non obtinuit*, in hereditate legitima *fratri non concurrit*. Hier iſt der Fall, daß von drey Kindern zwey ausgeſchloſſen, und nur das eine zum Erben eingeſetzt worden. Hat ſich das eine ausgeſchloſſene Kind ſeines Klagerechts begeben, oder hat es mit der Querel nichts ausgerichtet, ſo kann das andere enterbte Kind vi iuris accrescendi auf die Hälfte der ganzen Erbſchaft klagen, weil das nicht klagende, oder mit der Klage zurückgewieſene Kind nun eben ſo angeſehen wird, als ob es gar nicht da wäre, und folglich an der Inteſtaterbſchaft keinen Antheil verlangen kann. Es tritt hier noch der beſondere Grund ein, daß das Teſtament in Rückſicht des eingeſetzten Kindes gültig bleibt, weil der übergangene Bruder nur die hereditatis petitio de inofficioso partiaria angeſtellet hatte. Hier kommt der Gewinn des Prozeſſes den übrigen Inteſtaterben nicht zu Statten. Auf acht Theile der Erbſchaft konnte aber in dem vom Papinian entſchiedenen Falle der übergangene Bruder darum nicht klagen, weil er ſonſt durch die Querel mehr bekommen würde, als ab intestato [12]).

3) Sind neben dem ausgeſchloſſenen Notherben noch andere vorhanden, die zwar gleiches Inteſtaterbrecht aber kein Recht zur Querel haben, z. B. es concurriren Aſcendenten mit leiblichen Geſchwiſtern, welche alle im Teſtament ausgeſchloſſen ſind, oder der Teſtator hat eine ſchändliche Perſon in ſeinem Teſtament eingeſetzt, und hinterläßt einen

12) Man vergleiche Reuter Diss. cit. §. 40. in Not pag. 41. *Io. van* Muyden in Compend. Pandect. h. t. §. 3. Pothier in Pand. Iustinian. h. t. nr. XL. not. f. Tom. I. pag. 196. u. Schrader Commentat. cit. §. 84.

einen leiblichen Bruder, und eines verſtorbenen leiblichen Bruders Sohn zu ſeinen Inteſtaterben; ſo kann hier nach der Rechtsanalogie auch nur die *hereditatis petitio de inofficioso partiaria* eintreten. Denn Niemand kann durch die Querel mehr, als ſeine Inteſtaterbportion, einklagen und erhalten [13]). Ein ius accrescendi findet hier nicht Statt, es wird daher der übrige Theil der Erbſchaft dem eingeſetzten Erben verbleiben [14]).

II) Ein zweyter Hauptfall, da das Teſtament nur pro parte durch die Querel reſcindirt wird, iſt der, wenn mehrere Teſtamentserben vorhanden ſind, und nur in Anſehung des einen das Teſtament für pflichtwidrig zu halten iſt, in Anſehung des andern aber nicht. Wenn alſo z. B. der Teſtator blos leibliche Geſchwiſter zu ſeinen Inteſtaterben hinterläßt, und mit Uebergehung derſelben zwey Erben ernannt hätte, von denen nur einer eine ehrloſe der andere aber eine honette Perſon iſt, ſo können die präterirten Geſchwiſter nur gegen den ſchimpflichen Erben klagen, und durch die Querel dasjenige erhalten, was der Erblaſſer der verächtlichen Perſon hat zuwenden wollen, ſo weit es ihnen ab intestato gehört hätte; da hingegen in Anſehung des anſtändigen Erben das Teſtament ſeine Gültigkeit behält [15]). Von dieſem Falle verſteht man gewöhnlich die

L. 24.

13) Schrader cit. Commentat. §. 68. 76. und §. 77.

14) Huber Praelection. iur. civ. ad Pand. h. t. §. 10. et 11. *Bern.* Schotanus Exam. iurid. h. t. pag. 269. sq. und Struv Syntagm. iur. civ. Exerc. X. §. 23. in fin.

15) Müller ad *Struvium* Exerc. X. §. 23. not. *α*. Reuter cit. Diss. §. 41. Weſtphal von Teſtamenten. §. 1040. Book Lehre von der Enterbung §. 16. S. 52.

L. 24. *D. h. t.* wo Ulpian ſagt: Circa inofficiosi querelam evenire plerumque adsolet, ut in una atque eadem causa diversae sententiae proferantur. Quid enim si, fratre agente, heredes scripti diversi iuris fuerunt? *Quod si fuerit; pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur*[16]). Allein da ſich nicht beweiſen läßt, daß das Recht, welches Kr. Conſtantin in der *L.* 27. *C. h. t.* bey der Querel der Geſchwiſter verordnet hat, ſchon vor ihm bekannt geweſen, ſo verſtehen andere dieſes Geſetz, wenn man nicht gar mit Anton Faber[17]) die Worte: *Quidem enim — diversi iuris fuerunt*, dem Tribonian oder einem andern Interpreten zuſchreiben will, wogegen indeſſen die *Basilica*[18]) ſtreiten, vielmehr von einem ſolchen Falle, da Jemand ſeinen emancipirten Bruder präterirt, die übrigen Brüder aber, die noch in der väterlichen Gewalt waren, zu Erben eingeſetzt hat[19]); oder da der eine eingeſetzte Erbe ein municeps, der andere aber ein extra-

16) S. Cyrillus in Scholiis Basilikῶν Tom. V. pag. 255. Pothier in Pandect. Justinian. h. t. nr. XXXIX. not. k. Tom. I. pag. 195. *Io. van de* Water Observat. iur. rom. Lib. I. cap. 12.

17) Rational. ad L. 24. D. h. t. not. a.

18) Lib. XXXIX. Tit. I. L. 24. Tom. V. pag. 203. wo die L. 24. nach Fabrots Ueberſetzung ſo lautet: *Plerumque circa querelam inofficiosi testamenti diversae sententiae proferuntur, ut cum frater agit contra heredes scriptos diversi iuris. Et ita evenit, ut defunctus heredem habeat est testamento et ab intestato.*

19) Wie *Io. Wilh.* Marckart in Interpretat. receptar. iuris civ. lection. Lib. I. cap. 14. pag. 92.

extraneus iſt[20]). Dem ſey indeſſen, wie ihm wolle, ſo giebt wenigſtens die *L.* 27. *C. h. t.* heutiges Tages das treffendſte Beyſpiel zur Erläuterung der angeführten L. 24. Einen andern hierher gehörigen Fall hat Papinian *L.* 15. §. 2. *D. h. t.* Filius, qui de inofficiosi actione *adversus duos heredes* expertus, diversas sententias iudicum tulit; et *unum vicit, ab altero superatus est*: et debitores convenire, et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest, et corpora vindicare, et hereditatem dividere. Verum enim est familiae erciscundae iudicium competere: quia credimus, eum legitimum heredem *pro parte* esse factum: et ideo *pars hereditatis in testamento remansit.* Nec absurdum videtur *pro parte intestatum videri.* Dieſe Stelle iſt jedoch ſchon oben[21]) erläutert worden.

Es ergiebt ſich hieraus der ſehr wichtige Unterſchied, welcher Statt findet, wenn von Eltern und Kindern, und wenn von Geſchwiſtern die Querel angeſtellet wird. Erſtere klagen auf den Theil der Erbſchaft, der ihnen ab intestato gebühret hätte, letztere können mehr nicht fordern, als was dem heredi turpi war hinterlaſſen worden[22]). Nur entſteht noch der Zweifel, wenn mit einem vollbürtigen Bruder, eines verſtorbenen vollbürtigen Bruders Sohn concurrirt, muß erſter den Theil der Erbſchaft, den ihm der heres turpis abtreten muß, mit dem letztern theilen? Man ſetze, daß dem Ehrloſen die Hälfte der Erbſchaft wäre hinter-

20) *Luc. van de* Poll de exheredat. et praeterit. cap. LXI. §. 2. seqq.

21) S. §. 551. S. 309.

22) Man vergleiche *de* Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 16. verb. *Notandum autem* etc.

terlaſſen worden. Da hier dem vollbürtigen Bruder die Hälfte der Erbſchaft ab intestato gebührt, ſo fragt es ſich, ob der Bruder des Verſtorbenen dieſe Hälfte, die er durch die Querel erhalten, allein behalten könne, oder mit dem Bruders Sohn theilen müſſe? Soviel iſt richtig, daß, wenn der verſtorbene Bruder noch lebte, beyde, ſofern nicht einer oder der andere ſich ſeines Klagerechts begiebt, mit einander den semissem theilen müßten. Allein ſollte nicht dem Bruderſohn das Repräſentationsrecht zuſtehen? Nein, bey der Querel findet ein ſolches Recht nicht Statt. Der Bruder wird alſo die ganze Hälfte um ſo mehr allein behalten, da der Bruderſohn nicht einmal ein Recht zur Querel hat[23]).

Endlich

III. läßt ſich noch der Fall gedenken, daß Jemand, der eigentlich kein Querel-Recht hatte, weil ihm nähere Inteſtaterben vorgingen, dennoch de facto durch einen Irrthum des Richters zur Querel gelaſſen worden iſt. Hat dieſer gegen einen der inſtituirten Erben eine Reſciſſion des Teſtaments pro parte erwirkt, ſo bleibt das Teſtament zwar in Anſehung des andern Miterben, gegen den er nicht geklagt hat, gültig, und daher kommen die ihm vorgehenden Inteſtaterben nicht zur Succeſſion; der Queruland aber hat, wenn er einmal ein rechtskräftiges Erkenntniß für ſich hat, nicht vergeblich geklagt. Dieß iſt der Fall, den Ulpian hat *L.* 25. §. 1. *D. h. t.* **Si quis, cum non possit de inofficioso queri, ad querelam admissus, *pro parte* rescindere testamentum tentet; et unum sibi heredem eligat,**

23) S. Schrader cit. Comment. de nexu succ. ab int. et querelae inoff. testam. §. 80.

eligat, contra quem inofficiosi querelam instituat: dicendum est, *quia testamentum pro parte valet*, et praecedentes eum personae exclusae sunt, *cum effectu eum querelam instituiſſe*[24]).

In allen dieſen Fällen, da das Teſtament durch die Querel nur pro parte reſcindirt wird, geſchieht es nun zwar, ut defunctus pro parte testatus et pro parte intestatus decessisse videatur, wie auch ſolches in der angeführten *L.* 24. *D. h. t.* ſelbſt bemerkt wird. Allein dieſes iſt dennoch jener bekannten Regel[25]), nach welcher ſolches eigentlich nicht geſchehen ſoll, keineswegs zuwider, als welche nur nicht will, daß ein paganus blos über einen Theil ſeines Vermögens ein Teſtament errichte[26]). Richtiger iſt daher die Regel nach Tryphonin[27]) außer welchem, wie Cujaz[28]) mit Recht bemerkt hat, kein anderer römiſcher Juriſt ſich ſo beſtimmt erklärt hat, ſo zu faſſen: *ut nullus paganus* (denn ein Soldat iſt bekanntlich nicht daran gebunden[29]) AB INITIO *quidem pro parte testatus*, *pro parte intestatus decedere poſſit*? *ſed tamen* EX POST FACTO, scilicet *auctoritate ſententiae iudicis*[30]). Und in

24) POTHIER Pandect. Justin. h. t. nr. XL. not. a — c Tom. I. pag. 196. REUTER cit. Diss. §. 40.

25) *L.* 7. *D. de reg. iur.*

26) Weſtphal von Teſtamenten §. 1041. S. 774.

27) *L.* 19. §. 2. *D. de castrenſi peculio.* Conf. *Chriſt.* RAÜ Diss. de Claudio Tryphonino ICto Rom. Lipsiae 1768. §. VII.

28) Ad L. 7. D. de Reg. iur.

29) §. 5. *I. de heredit. inſtit.*

30) Man ſehe hier *Ioſ. Fern. de* RETES Opuscul. Lib. V. de castrensi peculio cap. 4. nr. 4. et 5. (in MEERMANNI *Theſaur. iur.*

in dieſer Hinſicht konnte daher auch **Papinian**[31]) mit Recht ſagen: **Nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.**

§. 558.

Wirkung der Inofficioſitätsklage.

In Abſicht auf die **Wirkung** der Inofficioſitätsklage kommt es darauf an, ob durch dieſelbe das Teſtament nur **zum Theil**, oder **ganz** reſcindirt wird.

I) Wird das Teſtament durch die Querel nur *pro parte* reſcindirt, ſo tritt eine gemiſchte Erbfolge ein[32]); nämlich

1) die **Inteſtaterbfolge**; dieſe hat jedoch nur in Anſehung des Querenten Statt, ſo daß dieſer nun entweder den Theil der Erbſchaft erhält, den er würde ab intestato bekommen haben, oder den Theil desjenigen Teſtamentserben an ſich bringt, durch deſſen Einſetzung das Teſtament pflichtwidrig wurde. Hier ſtimmen Geſetze[33]) und Rechtsgelehrten[34]) darin mit einander überein, daß der Sieg des Klägers

iur. civ. et canon. Tom. VI. pag. 253.) und vorzüglich *Hugo* Donellus in Commentariis iur. civ. Lib. XIX. cap. 10.

31) *L.* 15. §. 2. *D. h. t.*

32) Donellus c. l. pag. 1102. *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. Dec. XXVII. err. 2. Schifordegher ad *Ant.* Fabrum Lib. III. Quaest. 3. p. 232. Anderer Meinung iſt **Book** in der Lehre von der Enterbung §. 16. S. 45. ff.

33) *L.* 16. *L.* 19. *L.* 25. §. *ult. D. h. t. L.* 13. *Cod. eodem.*

34) *Ger.* Noodt Commentar. ad L. Tit. Dig. Tom. II. *Oper.* pag. 164. Hilliger ad *Donellum* Lib. XIX. cap. 10. *Luc. van de* Poll de exhered. et praeter. cap. LXXXI. Reuter Diss. de effectu querelae inoff. test. intuitu non querentis. §. 40.

gers ſonſt Niemanden außer ihm zu Statten komme, wenn auch gleich außer dem Kläger noch andere vorhanden wären, die ein gleiches Inteſtaterbrecht haben ſollten.

2) Die teſtamentariſche Erbfolge tritt in Rückſicht desjenigen Theils der Erbſchaft ein, den der im Teſtament eingeſetzte Erbe behält. Da hier das Teſtament in ſo weit gültig bleibt, als es nicht reſcindirt worden iſt, ſo bezahlt jeder, der Kläger und der Teſtamentserbe, die Schulden zu ſeinem Antheile[35]). In Abſicht auf die Vermächtniſſe aber kommt es darauf an, ob die Klage von einem übergangenen Bruder gegen eine neben einer ehrlichen mit zum Erben eingeſetzte ſchändliche Perſon, oder ob ſie von einem ausgeſchloſſenen Kinde oder von einem ausgeſchloſſenen Aſcendenten des Erblaſſers angeſtellet worden. Iſt das erſtere der Fall, ſo fallen die Vermächtniſſe inſoweit weg, als das Teſtament iſt reſcindirt worden[36]). Dieſes Recht iſt in Anſehung der Geſchwiſter nirgends abgeändert. Es muß alſo in Anſehung derſelben auch noch heut zu Tage gelten[37]). In dem letztern Falle aber müſſen

§. 40. Schrader Comment. de nexu succesionis ab int. et querelae inoff. testam. §. 99. Gambsjaeger Diss. de testamento in genere, in specie inofficioso. P. IV. §. 8. pag. 69.

35) *L.* 15. §. 2. *D. h. t.*

36) *L.* 76. *pr. D. de legat.* 2. *L.* 11. §. 2. *D. ad leg. Falcid. L.* 13. *Cod. de inoff. testam.* S. *de* Retes in adversar. de inofficioso testam. cap. XXI. §. 4. (in Thes. Meermann. T. VI. pag. 537.) und Weſtphals Darſtellung der Rechte von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen §. 704. u. §. 1358.

37) Müller Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. 2. Obs. 233. Book Lehre von der Enterbung §. 16. S. 44.

ſen die Vermächtniſſe auch von dem obſiegenden Kläger nach dem Verhältniß ſeines Antheils ausgezahlt werden, jedoch ſo, daß ihm der Pflichttheil übrig bleibt. Denn nach der Nov. **115.** bleiben die Vermächtniſſe gültig, auch wenn das Teſtament durch die Querel ganz aufgehoben wird.

II. Wird hingegen das Teſtament durch die Querel ganz umgeſtoßen, ſo wird

1) auf Seiten des eingeſetzten Erben die Sache ſo angeſehen, als ob die Erbſchaft gar nicht wäre angetreten worden [38]). Hier iſt alſo der Fall, wo die Regel: *qui semel heres exstitit, non potest desinere heres esse* [39]), eine Ausnahme leidet [40]). Die Folge davon auf Seiten des Erben iſt, daß die durch die Antretung der Erbſchaft entſtandene **confusio nominum** wieder aufhört, und der eingeſetzte Erbe

38) *L.* 21. §. 2. *D. h. t.* Idem respondit, evicta hereditate per inofficiosi querelam ab eo, qui heres institutus esset, perinde omnia observari oportere, *ac si hereditas adita non fuisset:* et ideo et *petitionem integram* debiti heredi instituto adversus eum, qui superavit, competere, et *compensationem debiti.*

39) *L.* 88. *D. de heredit. instit.*

40) *Casp.* Schifordegher ad *Ant.* Fabrum Lib. III. Tract. XIX. Qu. 2. ſagt: *Utiquae adscribendum est iuris impotentiae, quod victus heres per querelam inofficiosi desinat heres esse. Et vero legem facere non posse, ut hereditas habeatur pro non adita, quae revera fuit adita, inde constat, quod ex interpretatione prudentum, ex qua inducta est querela inofficiosi factum sit, ut evicta hereditate per inofficiosi, querelam, perinde omnia observari oporteat, ac si hereditas adita non fuisset. Quorsum enim opus fuit eiusmodi interpretatione, si lex facere potuisset, ut hereditas haberetur pro non aditaquae revera fuerit adita?*

be nun von dem Kläger fordern kann, was ihm der Verſtorbene ſchuldig war[41]). Fordert der Kläger von dem Erben etwas, was dieſer dem Verſtorbenen ſchuldig war, ſo kann der Erbe abrechnen, was er ſelbſt an den Verſtorbenen, oder den Gegner zu fordern hatte[42]).

2) Auf Seiten des obſiegenden Klägers tritt die reine Inteſtaterbfolge ein. Dieſes hat nun zwar in dem Falle gar keinen Zweifel, wenn dem Sieger nicht nur die Querel wirklich zuſtand, ſondern dieſer auch der einzige Inteſtaterbe iſt. Allein die Wirkung findet auch dann Statt, wenn der Kläger, welcher den Prozeß gewonnen hat, nicht einmal der nächſte, oder wenigſtens nicht der einzige Inteſtaterbe iſt, und folglich entweder gar kein Recht zur Querel hatte, oder wenigſtens nicht auf die ganze Erbſchaft klagen konnte, ſondern die Querel nur als eine partielle zuſtändig war[43]). Nur hilft in jenem Falle dem Kläger der Gewinn des Prozeſſes nichts, ſondern derjenige, welcher der nächſte Inteſtaterbe iſt, wird mit Recht die Erbſchaft abfordern, weil das ganze Teſtament einmal aufgehoben

41) *L.* 22. *C. h. t.* Si maritus tuus facto testamento te quidem ex asse scripsit heredem: filia autem, quam habuit in potestate, exheredata iure facta minime perhibetur; nihilque ei relictum est, neque iustas offensae causas praestitisse expresse convincitur: eam de inofficioso patris testamento querentem, totam hereditatem obtinere posse, non ambigitur. *Quod si iam obtinuit, vel post evincat: quodcunque maritus mortis suae tempore debuisse tibi perhibetur, id ab ea reddi oportet.*

42) S. Weſtphals Theorie des R. R. von Teſtamenten §. 580. und §. 1049.

43) Man ſehe hier vorzüglich *Hug.* Donelli Commentar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 10. pag. 1103.

hoben worden, und nun die Inteſtaterbfolge eintritt. Dieß iſt der klaren *L.* 6. §. 1. *D. h. t.* gemäß, wo Ulpian ſagt: Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato *non* admittuntur, *de inofficioso* egerit, et casu *obtinuerit*, non ei *prosit* victoria, sed *his qui habent ab intestato successionem.* Nam *intestatum patremfamilias facit*[44]). Man ſetze alſo, ein frater consanguineus habe gegen einen ſchändlichen Teſtamentserben die univerſelle Inofficioſitäts-Querel mit dem beſten Erfolg angeſtellt. Es iſt aber eines verſtorbenen vollbürtigen Bruders Sohn vorhanden, der jenem in der Inteſtaterbfolge vorgeht. Hier hilft dem Kläger der Gewinn des Prozeſſes nichts, ſondern er muß die Erbſchaft dem Bruders Sohn abtreten[45]). Daß jedoch in einem ſolchen Falle der nähere Inteſtaterbe den Sieger wegen der Prozeßkoſten entſchädigen müſſe, leidet keinen Zweifel[46]).

In dem oben angegebenen andern Falle hingegen, da eine univerſelle Querel iſt zugelaſſen worden, wo dem Sieger nur eine partielle zuſtand, tritt die Inteſtaterbfolge dergeſtalt ein, daß nun zugleich mit dem Kläger auch alle diejenigen zur Erbſchaft kommen, die zwar an dem Prozeß keinen Antheil genommen, denen aber mit dem Kläger ein gleiches Inteſtaterbrecht zuſteht, geſetzt auch daß ſie für ihre Perſon keine Querel hätten anſtellen können. Für dieſe Mei-

44) Man ſehe über dieſe Stelle nach §. 543. S. 3.

45) Schrader cit. Commentat. §. 102. Stein von pflichtwidrigen Teſtamenten §. 39. S. 171.

46) Wernher Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 270. n. 8. Thibaut System des Pandectenrechts 2. Th. §. 818. S. 221.

Meinung ſpricht Theorie und Praxis[47]). Juſtinian ſagt in der Novelle 115. Kap. 4. ausdrücklich: Sed, rescisso testamento, eis, *qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur*, res eius dari disponimus; oder wie es Hombergk richtiger überſetzt hat: Sed, everso testamento, *heredes ab intestato ad defuncti hereditatem vocamus*, iisque res illius dari sancimus[48]).

I. Wenn von mehreren unbillig ausgeſchloſſenen Notherben der eine, der nur auf ſeinen Inteſtaterbtheil hätte klagen können, die univerſelle Inofficioſitätsklage angeſtellt und die Reſciſſion des ganzen Teſtaments bewirkt hat, obgleich der andere die Querel nicht repudiirt hatte. Z. B. der Vater hat ſeine beyden Söhne unbilliger Weiſe enterbt, die ſeine alleinigen Inteſtaterben geweſen wären. Einer hat in der Abweſenheit des andern, den er für todt hielt, die univerſelle Querel gegen den Teſtamentserben angeſtellt, und den Prozeß gewonnen. Was hier der Sieger erhalten hat, muß er mit ſeinem Bruder theilen[49]).

II. Wenn

47) Man ſehe hier vorzüglich Herrn Kanzl. Koch Diss. Quatenus testator per querelam inofficiosi reddatur intestatus? hinter ſeinem Tr *de Success. ab int.* Nr. I.

48) Im griechiſchen Text lauten die Worte ſo: *ἀλλὰ ἀνατρεπομὲνης τῆς διαθήκης, τοὺς ἐξ ἀδιαθέτου ἐις τὴν τοῦ τελευτησαντος κληρονομίαν καλοῦμεν, καὶ πρὸς ἀυτοὺς τὰ ἐκείνου πράγματα δίδοσθαι διατυποῦμεν.*

49) S. Donellus in Commentar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 10. pag. 1103. Pothier Pandect. Iustinian. h. Tit. Nr. XL. not. f. Tom. I. pag. 196.

II. Wenn Eltern und leibliche Geſchwiſter concurriren, welche der Erblaſſer in ſeinem Teſtament alle übergangen hat, und erſtere auf Reſciſſion des ganzen Teſtaments geklagt haben, ſo kommt der Gewinn des Prozeſſes auch den Geſchwiſtern zu Statten, weil ſie nach der Nov. 118. Kap. 2. mit den Eltern ein gleiches Inteſtaterbrecht haben, wenn ihnen gleich in dem gegenwärtigen Falle keine Querel zuſtand.

III. Wenn Halbgeſchwiſter von verſchiedener Art vorhanden ſind, davon der eine ein **frater consanguineus**, der andere aber ein **frater uterinus** iſt, und der Erblaſſer eine unanſtändige Perſon im Teſtament zum Erben eingeſetzt hat, ſo iſt der Sieg des Bruders, welcher auf die Reſciſſion des ganzen Teſtaments geklagt hat, auch dem andern Bruder vortheilhaft, ſo daß dieſer nun mit **ab intestato** erbt, ob er ſchon kein Querelrecht hatte. Endlich

IV. wenn vollbürtige Geſchwiſter mit vollbürtigen Geſchwiſter Kindern concurriren, ſo erben letztere mit den erſtern **ab intestato**, wenn dieſe die univerſelle Inofficioſitätsquerel mit glücklichem Erfolge angeſtellet haben. Denn in allen dieſen Fällen war nur die Querel des Siegenden als eine partielle zuſtändig, weil nach klaren Geſetzen, die oben angeführt und erklärt worden ſind, Niemand durch die Querel mehr, als ſeine Inteſtaterbportion erhalten kann.

Allein dagegen könnte man einwenden, daß nach der Nov. 115. ſich eine **querela inofficiosi partiaria** nicht füglich mehr annehmen laſſe, folglich die Wirkung der Querel wenigſtens bey Kindern und Eltern immer die nämliche ſey, nämlich daß die Erbverordnung allemal zu Grunde

de gehe, und die reine Inteſtaterbfolge eintrete. Dieß behaupten auch mehrere Rechtsgelehrten[50]). Und für dieſe Meinung ſcheinen beſonders die Worte am Ende des **3.** Kap. der **115.** Nov. sed, quantum *ad institutionem heredum* pertinet, *testamento infirmato*, ad hereditatem parentum liberi *ab intestato* aequis partibus veniant; und die Worte am Ende des 4. Kap. zu ſprechen, welche ſo lauten, everso testamento, *heredes ab intestato ad defuncti hereditatem vocamus*, iisque res illius dari sancimus. Allein da nicht zu glauben iſt, daß Juſtinian die vielen oben erklärten Stellen in den Pandecten und Codex[51]), welche von der Inofficioſitätsklage als einer hereditatis petitio partiaria handeln, durch die Novelle **115.** habe aufheben wollen, ohne nur ein Wort davon zu ſagen, ſo muß man nach einer vernünftigen Auslegung einen ſolchen Fall annehmen, wo die univerſelle Inofficioſitätsklage entweder von ſämmtlichen enterbten Kindern, oder Eltern, oder von einem der Enterbten angeſtellet worden, ohne daß die übrigen ſich ihres Klagerechts begeben hatten[52]).

So deutlich übrigens die Worte der Novelle ſprechen, ſo ſehr muß man ſich billig wundern, wenn mehrere

 Rechts=

50) S. *Ferd. Aug.* Hommel Diss. de victoria querelae tertio proficua. *Lipsiae* 1719. §. 12. et 13. Koch cit. Diss. pag. 197. *Chr. Frid. Bern.* Funk Comment. in controv. iur. civ. de nexu inter successionem ab int. et querelam inoff. testam. *Goett.* 1802. §. 31. und Boock Lehre von der Enterbung §. 26. S. 91. folg.

51) *L.* 8. §. 8. *L.* 16. *L.* 19. *L.* 25. §. 1. *L.* 27. §. 3. *D. h. t.* *L.* 13. *Cod. eodem.*

52) Schrader cit. Commentat. §. 73.

Rechtsgelehrten dennoch der Meinung ſind, daß in jedem Falle der Sieg der Querel nur dem ſiegenden Kläger zu Statten komme[53]), oder doch wenigſtens nur denen vortheilhaft ſey, welche mit dem Sieger nicht nur ein gleiches Inteſtaterbrecht, ſondern auch ein gleiches Recht zur Querel haben[54]). Man beruft ſich insgemein auf die Regel: *quod res inter alios iudicata aliis neque praeiudicet, neque prosit*[55]). Allein, ohne hier anzuführen, daß dieſe Regel mancherley Ausnahmen leidet[56]); ſo hat man nicht bedacht, daß es in dem gegenwärtigen Falle vermöge einer nothwendigen Folge geſchieht, wenn auch andere, welche an dem Prozeſſe über die Inofficioſität des Teſtaments keinen Antheil genommen, aber doch mit dem Kläger ein gleiches Inteſtaterbrecht haben, nun mit ihm zur Inteſtaterbfolge gelangen, wenn das ganze Teſtament als pflichtwidrig aufgehoben wird, weil hierdurch die Sache in einen ſolchen Zuſtand kommt, als ob der Erblaſſer ohne Teſta-

53) Wie z. E. *Ulr.* Huber in Praelect. iur. Rom. Tom. II. h. t. §. 9. *Ant.* Schulting Thes. controvers. Dec. XVI. §. 1. et 2. und *Io. Ortw.* Westenberg in Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 27.

54) Noodt in Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* p. 164. *Guil.* Ranchinus in Tract. de success. ab. intest. Cap. XVII. §. 3. Voet in Comm. ad Pand. h. t. §. 11. Struv Syntagm. iur. civ. Exercit. X. Th. 24. und Weſtphal in der Theorie des R. R. von Teſtamenten §. 1026.

55) *L.* 63. *D. de re iudic.*

56) Man ſ. das Archiv für die theoret. und practiſche Rechtsgelehrſamkeit, herausgegeben von Hagemann und Günther. 4. Th. Nr. 1. S. 5. ff.

Teſtament verſtorben wäre, wie Lucas van de Poll[57]) ſehr richtig bemerkt hat. Es kann daher auch nun nicht mehr die Frage davon ſeyn, wem die Querel zuſteht, ſondern wer bey der Inteſtaterbfolge concurrirt, ſo fern er ſich ſeines Succeſſionsrechts nicht begeben hat. Man wende nicht ein, daß doch nach der 115. Novelle die Vermächtniſſe gültig bleiben. Denn dieſe gehören nicht zur Subſtanz des Teſtaments, ſondern dieſe beſteht lediglich in der Erbeinſetzung, welche durch die Querel aufgehoben wird. Sie können daher auch die Inteſtaterbfolge um ſo weniger hindern, da ſie auch in codicillis ab intestato hinterlaſſen werden können. Die Schwäche der Gründe leuchtet in die Augen, daher unſre Meinung auch den Beyfall der meiſten theoretiſchen und practiſchen Rechtsgelehrten[58]) für ſich hat.

3) In Abſicht auf die Vermächtniſſe, und übrigen Verfügungen, welche außer der Erbeinſetzung in dem pflichtwidrigen Teſtament enthalten ſind, iſt

a) ſo viel außer Zweifel, daß wenn die Klage von Kindern oder Eltern angeſtellet wird, dieſelben nach der

57) de exheredat. et praeterit. cap. LXXXI. §. 9.

58) Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 20. *Jo. Balth.* L. B. a. Wernher Select. Observ. for. Tom. I. P. I. Obs. 270. de Cocceji iur. civ. contr. h. t. Qu. 15. et ad *Eundem* Emminghaus not. w. et x. Reuter Diss. de effectu querelae inoff. testam. intuitu non querentis. §. 49. *Jo. Frid.* Boeckelmann Exercit. ad Pandect. h. t. §. 7. pag. 376. Hofacker Princ. iur. civ. Tom. II. §. 1701. Haubold ad *Bergeri* Oeconom. iur. Lib. II. Tit. IV. Th. XVII. not. y. pag. 406. Malblanc Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. Tom. III. §. 698. Gambsjaeger Diss. de testam. inofficioso P. IV. §. 8. u. a. m.

der Verordnung der Nov. 115. gültig bleiben, wie die ſchon bey anderer Gelegenheit (S. 323.) angeführten Worte klar beweiſen. Nur wegen der Pupillar-Subſtitution iſt die Sache ſtreitig, wie auch ſchon oben (S. 322.) bemerkt worden iſt. Richter[59]), Reinold[60]), Madihn[61]) und Hommel[62]) behaupten, ſie gehe durch die Querel mit der Erbeinſetzung zu Grunde, weil keine Subſtitution, als eine Art der Erbeinſetzung, gelten könne, wo die **heredis institutio prima** wegfällt; und namentlich werde von der Pupillar-Subſtitution geſagt, ſie ſey **pars et sequela testamenti paterni**, welche für ſich, ohne das väterliche Teſtament, nicht beſtehe[63]). Allein ohne hier zu wiederholen, was ich ſchon anderwärts (S. 322. Not. 10.) zur Wiederlegung dieſer Meinung geſagt habe, ſo will ich nur noch mit Wenigen bemerken, daß zwiſchen der Pupillar-Subſtitution und dem väterlichen Teſtament kein ſo nothwendiger Zuſammenhang iſt, daß erſtere ſchlechterdings mit dem letztern fallen müſſe. Denn man erinnere ſich doch, daß die Pupillar-Subſtitution ſchon nach den Geſetzen der Pandecten gültig blieb, wenn das väterliche Teſtament durch die **Bonorum possessio** contra

59) In exposit. omnium Authenticar. Codici Iust. insertar. pag. 238. num. 28.

60) In Opuscul. a *Iuglero* edit. pag. 354.

61) In Opusc. vicissitudines substitutionis exemplaris eiusq. veram indolem continente. *Hallae* 1775. 4. §. 43. und ad MENCKEN Introduct. in doctr. de actionibus for. not. 1180. pag. 369.

62) Diss. de differentiis inter querelam inoff. quae parentibus ac liberis, et quae fratribus competit. §. 11.

63) §. 5. *I. de pup. subst.*

contra tabulas reſcindirt ward. (S. 312.) Sie verlor zwar ihre Gültigkeit, wenn das Teſtament mit der alten Querel aufgehoben ward; allein davon lag der Grund in dem Vorwand, deſſen ſich der Kläger bedienen mußte, als ob der Teſtirer nicht recht bey Verſtande geweſen ſey. Dieſer Prätext fiel, wie Vinnius[64]) ganz richtig bemerkt, bey der **Bonorum possessio contra tabulas** weg. Er findet aber auch nach der Novelle 115. nicht mehr bey der Querel der Kinder und Aſcendenten Statt. (S. 419.) Wie kann man nun noch läugnen, daß nach der Nov. 115. die Pupillar-Subſtitution gültig bleibe, da Juſtinian ausdrücklich ſagt, es ſoll das Teſtament in allen übrigen Puncten als nicht reſcindirt gelten, welche, außer der pflichtwidrigen Erbeinſetzung, darin enthalten ſind[65])?

b) Wird hingegen die Querel von Geſchwiſtern angeſtellt, ſo iſt die Frage, ob auch hier die Vermächtniſſe und Fideicommiſſe gültig bleiben, oder nicht vielmehr mit der Erbeinſetzung zu Grunde gehen, unter den Rechtsgelehrten ſehr ſtreitig. Viele behaupten das Erſtere, jedoch aus ſehr verſchiedenen Gründen. Einige[66]) berufen ſich ſchlecht-

64) Commentar. ad cit. §. 5. I. de pupill. substit. nr. 3. et 4.

65) Man ſehe noch *Vigl.* Zuichemus in Commentar. in decem Titulos Institution. iuris. civ. ad §. 5. I. de pupill. substitut. pag. 152. *Ios.* Finestres Praelect. Cervar. de vulgari et pupillari substitutione P. III. cap. 5. §. 49. und Donellus in Commentar. iur. civ. Lib. VI. cap. 25. pag. 273. in fin.

66) Donellus in Commentar. iur. civ. Lib. XIX. cap. X. pag. 1104. Richter in Exposition. omn. Authenticar. ad Auth. *Ex causa* cit. pag. 111. Gudelinus de iure novissimo lib. II. cap. 7. pag. 69.

ſchlechthin auf die Auth. *Ex causa* Cod. de liberis praeterit. vel exheredat. in welcher es ohne Unterſchied heißt: *Ex causa exheredationis vel praeteritionis irritum est testamentum, quantum ad institutiones; caetera namque firma permanent.* Andere [67]) glauben, der Grund der Novelle **115.** paſſe auch auf die Geſchwiſter. Denn es ſey doch nur eigentlich die Erbeinſetzung für pflichtwidrig zu halten, nicht die Vermächtniſſe. Ja andere [68]) ſagen ſogar, man müſſe die Novelle **115.** auf die Geſchwiſter ausdehnen, wenn deren auch darin keine Erwähnung geſchehen wäre, weil es höchſt ungereimt und inconſequent ſeyn würde, die Geſchwiſter bey der Querel mehr zu begünſtigen, als die Kinder und Eltern, da ihnen doch die Querel nur hypothetiſch zuſtehe, und ſelbige auch ſonſt in den Erbſchaftsgerechtſamen den letztern nachſtehen müßten. Endlich wollen einige [69]) überhaupt noch daran zweifeln, ob nach dem ältern Rechte die Vermächtniſſe ihre Gültigkeit verloren haben, wenn das Teſtament von Geſchwiſtern mit

67) Perez in Praelect. ad Cod. h. t. nr. 21. et 22. Frantzkius in Comment. ad Dig. h. t. nr. 84. Struv Syntagm. iur. civ. Ex. X. Th. 22.

68) Voet in Comm. ad Pandect. h. t. §. 13. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 11. Weſtphal Theorie des R. R. von Teſtamenten §. 507. und §. 1043. *Io. El.* Voelcker in Diss. de transitu querelae inoff. testam. ad heredes, praef. *Car. Frid.* Walchio def. *Ienae* 1771. §. VI. pag. 9. *Car. Frid.* Paelicke Diss. de erroribus quibusdam circa querelam inoff. testam. *Helmstadii* 1763. Err. XII. und *Mich. Cod.* Wernher in lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 18.

69) *Io. God.* Bauer in Diss. de eo, quod iustum est circa formam exheredationis. §. 20.

mit der Inofficioſitäts-Querel angefochten worden. Denn alle Texte des ältern Rechts[70]) redeten blos von Teſtamenten der Eltern und Kinder, kein einziger von Geſchwiſtern. Ueberdem ſey es der Rechtsanalogie vollkommen gemäß, daß mit der Hauptſache das Acceſſorium nicht dahin falle, wenn ſolches für ſich beſtehen könne; dieß ſey nun aber der Fall bey den Vermächtniſſen, als welche auch ab intestato gültig wären[71]). Dieſe Meinung ſoll auch nach dem Zeugniß mehrerer Rechtsgelehrten[72]) in der Praxis angenommen ſeyn.

Allein die entgegengeſetzte Meinung, welche von den meiſten Rechtsgelehrten[73]) vertheidiget wird, daß bey der Que-

70) *L.* 8. §. 16. *L.* 13. *L.* 28. *D. h. t. L.* 13. *Cod. eodem.*

71) *L.* 8. *pr. et* §. 1. *L.* 16. *D. de iure codicill.* §. 1. *I. eodem. L.* 88. *in fin. D. de legat. II. L.* 4. *C. de Codicill. L.* 3. *in fin. C. ad SCtum Trebell.*

72) Man ſehe Berger in Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 17. Not. 12. in fin. *de* Cannegiesser Decision. Hasso-Cassellan. Tom. I. Decis. XXIV. nr. 12. pag. 73. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCIV. Coroll. 2. und Schmidt im theor. pract. Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen 3. B. §. 547. S. 14.

73) *Luc. van de* Poll de exheredat. et praeterit. Cap. LXIII. §. 14. Stryck Us. mod. Pandect. h. t. §. 6. Lauterbach Colleg. theor. pr. Pandect. h. t. §. 31. Zoesius in Comm. ad Pand. h. t. §. 41. Gail Observat. Lib. II. Obs. 113. nr. 7. Boehmer in iure Dig. h. t. §. 18. Schaumburg in Comp. iuris Dig. h. t. §. 12. Heineccius in Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 53. Walch Introd. in controv. iuris civ. pag. 367. Hofacker Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1701. nr. III. Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. II. not.

Querel der Geſchwiſter das ältere Recht gelte, und folglich die Vermächtniſſe mit der Erbeinſetzung zu Grunde gehen, hat weit wichtigere Gründe für ſich. Denn

1) redet die Novelle **115.** ausdrücklich nur von Kindern und Eltern. Von Geſchwiſtern iſt nirgends die Rede. Es iſt daher eine ſehr willkührliche Ausdehnung der Novelle auf die Geſchwiſter, welche um ſo weniger Statt finden kann, weil man auf ſolche Art im Stande wäre, alle Differenzen zwiſchen der Querel der Seitenverwandten und der übrigen Notherben mit einem Male aufzuheben. Daß die **Auth.** ***ex causa*** **Cod. de liberis praeterit.** keinen Unterſchied macht, kann nichts beweiſen [74]). Denn die aus den Novellen excerpirten Authentiken können, da ſie eine bloße Privatarbeit des Irnerius, und auch nicht unter öffentlicher Auctorität in das **Corpus iuris** übergegangen ſind, auf ein legales Anſehen gar keinen Anſpruch machen [75]).

2) Paßt

not. I. pag. 447. seq. Müller Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. 2. Obs. 232. Hommel Diss. de differentiis inter querelam inoff. quae parentibus ac lib. et quae fratrib. competit. §. 10. Malblank Princip. iuris sec. ord. Digest. T. III. §. 698. Gebr. Overbeck Meditationen über verſch. Rechtsmaterien. 2. B. Medit. 80. Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 535. Not. 1. Thibaut Syst. des Pandectenrechts Tom. II. §. 819. S. 233. Bock Lehre von der Enterbung §. 16. S. 44. und Gambsjaeger in Diss. de testam. inoff. P. IV. §. 4. Not. 21.

74) Mit Recht ſagt daher Gail in Observat. pract. Lib. II. pag. 1098. *Meminisse oportet, praedictam Authenticam* ex causa *non habere locum in transversalibus, utputa si frater fratrem praeteriret, instituta turpi persona.*

75) Webers Verſuche über das Civilrecht S. 37. folg.

2) Paßt auch der Grund der Novelle **115.** gar nicht auf die Geſchwiſter. Denn daß bey der Querel der Kinder und Eltern nur die Erbeinſetzung reſcindirt wird, hat ſeinen Grund darin, weil nach dieſem Geſetz den Kindern und Eltern der ihnen gebührende Pflichttheil **titulo heredis** hinterlaſſen werden muß. Iſt nun dieſes nicht geſchehen, ſo hat der Teſtirer nur in Anſehung der Erbeinſetzung pflichtwidrig gehandelt; dahingegen können weder die Vermächtniſſe noch die Fideicommiſſe, welche der Erblaſſer in ſeinem Teſtament verordnet hat, als pflichtwidrig angeſehen werden. Allein da den Geſchwiſtern der Pflichttheil **quocunque titulo** hinterlaſſen werden kann, ſo hat der Teſtirer, wenn er denſelben eine ſchändliche Perſon vorgezogen hat, ohne ſie auch nur mit einem Vermächtniß zu bedenken, nicht nur in Anſehung der Erbeinſetzung, ſondern auch in Anſehung der Vermächtniſſe lieblos gehandelt, daher iſt hier billig das ganze Teſtament als pflichtwidrig zu reſcindiren.

3) Wenn das Teſtament als pflichtwidrig reſcindirt wird, ſo gelten nach der Bemerkung des Claudius Tryphoninus über Scävola[76]) auch nicht einmal die Vermächtniſſe **ab intestato**, ſelbſt wenn die Codicillar-Clauſel hinzugefügt ſeyn ſollte, weil man den Erblaſſer gleichſam als wahnſinnig anſahe; und Ulpian[77]) bemerkt noch, daß ſogar die von den Teſtamentserben etwa ſchon ausbezahlten Legate wieder zurückgefordert werden können. Nun iſt

76) *L.* 13. *D. h. t.* Man vergleiche Weſtphal von Teſtamenten §. 1044. und Thibaut **System des Pandectenrechts 2. Th.** §. 785.

77) *L.* 8. §. 16. *D. h. t.*

iſt der alte Grund der Querel, als ob der Teſtirer nicht recht bey Verſtande geweſen ſeyn könne, bey der Inofficioſitätsklage der Geſchwiſter nicht aufgehoben, wie ſchon oben S. 419. gezeigt worden; und es iſt ganz unerweislich, wenn Bauer[78]) behaupten will, es ſey ſchon ehemals bey der Querel der Geſchwiſter in Anſehung der Vermächtniſſe anders geweſen, als bey Kindern und Eltern. Denn Paulus[79]) ſagt ganz allgemein: Cum contra testamentum ut *inofficiosum*, iudicatur, *testamenti factionem habuisse defunctus non creditur*; und an einem andern Orte[80]) heißt es: Cum *inofficiosum* testamentum arguitur, *nihil ex eo testamento valet*. Wenn man nun hingegen

4) einwendet, es ſey ungereimt, daß die Geſchwiſter, welche bloß aus Haß gegen eine verächtliche Perſon zur Querel gelaſſen würden, hierin ein beſſeres Loos, als die näheren Blutsfreunde, treffen ſollte, und daß es unbillig ſey, wenn die unſchuldigen Legatarien durch die Einſetzung des ſchändlichen Erben leiden ſollten; ſo hat man offenbar nicht bedacht, daß doch immer die Lage der Geſchwiſter bey der Querel ſchlimmer, als die der Kinder und Eltern iſt, indem eines Theils die erſtern ſich nur dann über liebloſe Ausſchließung beklagen können, wenn ihnen eine ſchändliche Perſon iſt vorgezogen worden; andern Theils aber auch hier dem Kläger bey der Querel der Beweis obliegt, daß er ſich brüderlich gegen den Verſtorbenen betragen habe[81]).

Ueber=

78) Siehe oben die Not. 68.

79) *L.* 17. §. 1. *D. h. t.*

80) *L.* 28. *in fin. D. eodem.*

81) Man ſehe, was von dieſem Beweis oben S. 401. ausführlicher geſagt worden iſt, und vergleiche noch Weber zu Höpf=

Ueberhaupt aber kann nie die Billigkeit zum Vorwande dienen, um ſich eine Abweichung von der Vorſchrift eines klaren Geſetzes zu erlauben[82]); und nie kann unter dem Vorwande einer Gleichheit der Gründe eine unſchickliche Ausdehnung der Geſetze zugelaſſen werden[83]).

Uebrigens iſt noch

4) zu bemerken, daß der Erbe in Anſehung deſſen, was er vor entſtandenem Prozeſſe, als Erbe, nach der Verordnung des Teſtaments, geleiſtet, oder auf die Antretung der Erbſchaft verwendet hat, entſchädiget werden müſſe[84]). Was er alſo an Schulden des Erblaſſers, ferner an Vermächtniſſen, ausbezahlt, desgleichen was er zur Erfüllung einer ihm auferlegten Bedingung geleiſtet hat, muß ihm vergütet werden, und er kann entweder bey der Reſtitution der Erbſchaft das Bezahlte in Abrechnung bringen[85]), oder ſolches von den Empfängern mit der **condictione indebiti** zurückfordern[86]), oder von dem Kläger mit der **actione negotiorum gestorum utili** Entſchädigung verlangen.

Höpfners Commentar über die Inſtitutionen. §. 533. Not. 2. S. 604.

82) S. *Alb.* Bologneti de lege, iure et aequitate Disputationes (*Witebergae* 1594. 8.) Cap. 34. nr. 9. pag. 638. wo er ſagt: *Nam cum ad legis sententiam interpretatio omnis, quae fit ex aequo et bono, referenda sit, non poterit videri ea fuisse legislatoris sententia, quae verbis perspicuis adversatur.*

83) S. Webers Verſuche über das Civilrecht Nr. 1. §. 19. S. 58.

84) *L.* 8. §. 16. *D. h. t. L.* 21. §. 1. *L.* 26. *D. eodem.*

85) *L.* 5. *C. de heredit. petit.*

86) *L.* 8. §. 16. *D. h. t.*

gen[87]). Der obſiegende Kläger kann auch ſelbſt die **condictio indebiti utilis** anſtellen[88]), inſofern der Gewinn des Prozeſſes auch die Hinfälligkeit der Vermächtniſſe zur Folge hat. Was der Teſtamentserbe während des Prozeſſes bezahlte, dafür kann er keinen Erſatz fordern, wenn er wußte, daß es eine Nichtſchuld war[89]).

§. 559.

Beſchränkter Gebrauch der Querel. Nachtheilige Folge eines mißlungenen Verſuches derſelben.

Der Gebrauch der Inofficioſitätsklage iſt übrigens auf mancherley Art beſchränkt, wovon man den Grund gewöhnlich[90]) darin ſetzt, daß dieſe Klage bey den Römern nicht ſehr beliebt geweſen, theils wegen des Vorwandes der Blödſinnigkeit des Teſtirers, theils weil dadurch ein Teſtament aufgehoben wird, an deſſen Erhaltung doch den Römern ſo viel gelegen war[91]). Daher ſoll

1) die

87) S. den 5. Th. dieſes Commentars §. 421. S. 347.

88) *L.* 8. §. 16. *D. h. t.* Man ſehe hier Weſtphal von Teſtamenten §. 1043.

89) *L.* 21. §. 1. *D. h. t.* Weſtphal §. 1050.

90) Voet in Comm. ad Dig. h. t. §. 20. Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 535. S. 607.

91) So ſoll z. B. wenn in einem Gericht die Meinungen der Richter dergeſtalt getheilt ſind, daß eben ſo viele für als gegen das Teſtament ſtimmen, nach der erſtern Meinung das Urtheil geſprochen werden. *L.* 10. *pr. D. h. t.* Man vergleiche über dieſe Stelle Cujaz Observat. Lib. X. cap. 20. vorzüglich aber Zepernick zu Siccama de iudicio centumvir. lib. II. cap. 7. not. a pag. 157. seqq.

1) die Querel nicht Statt finden, wenn der Ausgeſchloſſene durch ein anderes Rechtsmittel zur Erbſchaft gelangen kann. Juſtinian ſagt[92]): Qui ad hereditatem totam vel partem eius *alio iure* veniunt, *de inofficioso* agere non possunt; ja er nennt die Querel an einem andern Orte[93]) ausdrücklich das *ultimum adiutorium*, alſo das letzte Rechtsmittel, welches folglich, ſo lange andere Rechtsmittel vorhanden ſind, nicht gebraucht werden ſoll. Nach dieſer Anſicht dürfte alſo derjenige, welcher des Teſtament als nullum, oder ruptum oder irritum anfechten kann, die Querelam inofficiosi nicht anſtellen; und derjenige, welcher mit dieſer Klage nicht glücklich gefahren wäre, müßte nun alles verloren haben. Daß dieſes aber doch der Fall nicht ſey, iſt aus den Geſetzen deutlich zu erſehen. Schon die Geſetze der Pandecten[94]) geſtatten dem ausgeſchloſſenen Notherben, der mehrere Gründe das Teſtament zu beſtreiten für ſich hat, die Wahl, aus welchem Grunde er daſſelbe zuerſt angreifen wolle; und nach den Geſetzen des Codex[95]) kann er ſogar, wenn er auch

92) §. 2. *I. h. t.*

93) *L. ult. C. de lib. praeterit.* S. PÜTTMANN Diss. Inofficiosi querelam testamenti remedium subsidiarium esse. (in EIUS *Adversar. iur. univ.* Lib. I. cap. 6.)

94) *L.* 8. §. 12. *D. h. t.* Si quis et *irritum* dicat testamentum vel *ruptum*, et *inofficiosum*, conditio ei deferri debet, *utrum prius movere volet.*

95) *L.* 14. *C. eodem.* Eum, qui *inofficiosi querelam* delatam non tenuit, (d. i. *in querela delata non obtinuit*, wie es Weſtphal von Teſtamenten §. 1024. S. 760. richtig erklärt;) a *falsi accusatione* non submoveri placuit. Idem observatur et si e contrario *falsi crimine instituto* victus, postea *de inofficioso* ac-

auch mit der Inofficioſitätsklage den Prozeß verloren hätte, nachher noch auf die Nichtigkeit des Teſtaments klagen; und wenn er zuerſt auf die Nichtigkeit geklagt, und den Prozeß verloren hätte, noch immer die Inofficioſitätsklage ergreifen.

2) Die Querel geht nicht auf die Erben des Ausgeſchloſſenen über, wenn derſelbe ſtirbt, ohne ſie bey ſeinem Leben angeſtellt, oder wenigſtens zu deren Anſtellung die nöthige Zubereitung gemacht zu haben. Hierher gehört wenn Ulpian[96]) ſagt: **Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querelam transferat? PAPINIANUS respondit, quod et quibusdam rescriptis significatur; si post agnitam bonorum possessionem, esse successionem accusationis, et, si non sit petita bonorum possessio, iam tamen coepta centroversia vel praeparata: vel si, quum venit ad movendam inofficiosi querelam, decessit; puto ad heredem transire.** Zu einer ſolchen Zubereitung, welche erfordert wird, um die Querel auf die Erben zu bringen, iſt jedoch ſchon hinreichend, wenn der Ausgeſchloſſene auch nur noch bey ſeinem Leben mit Anſtellung der Klage gedrohet[97]), oder

actionem exercere maluerit. *L.* 16. *C. eodem.* Contra maiores viginti quinque annis duplicem actionem inferentes, primam, quasi testamentum non sit *iure perfectum;* alteram, quasi *inofficiosum,* licet iure perfectum, praescriptio ex prioris iudicii mora quinquennalis temporis non nascitur, quae officere non cessantibus non potest. Man ſehe Weſtphal von Teſtamenten §. 1022.

96) *L.* 6. §. 2. *D. h. t.*

97) *L.* 7. *D. h. t.* Is si *comminatus tantum accusationem fuerit,* vel usque ad *denunciationem* vel *libelli dationem* procesſe-

oder ſonſt ſeinen Vorſatz zu klagen, auf irgend eine Art geäußert hat[98]). Eben dieſes findet nach dem neuern römiſchen Rechte ohne Zweifel auch bey den enterbten emancipirten Kindern um ſo mehr Statt, da die zur Vorbereitung der Querel bey denſelben ehemals erforderlich geweſene bonorum possessio litis ordinandae gratia, deren noch Ulpian[99]) gedenkt, nach der Analogie der Nov. 118. Kap. 1. wie bereits oben[100]) gezeigt worden, nun ohnehin wegfällt[1]).

Ohne

serit, ad heredem suum accusationem transmittet. Worin die *denuntiatio* beſtanden, welche hier von der dationi libelli unterſchieden wird, habe ich in Opusc. iurid. Fascic. II. pag. 356. seqq. und im Commentar 3. Th. 2. Abth. §. 219. S. 296. angeführt.

98) *L.* 5. *Cod. h. t.* Si pater tuus post litem contestatam, vel *postquam propositum habuisset*, *inofficiosum fratris testamentum dicere*, te herede relicto decessit, causam coeptam vel quocunque modo illi placitam exsequi non prohiberis.

99) *L.* 6. §. 2. *L.* 8. *pr. D. h. t.*

100) S. §. 551. S. 334. folg.

1) *Io.* Schilter in Praxi iur. Rom. Exercit. XIV. §. 24. et 27. glaubt, die Bonorum possessio litis ordinandae gratia ſey ſchon durch die Verordnung des Krs. Conſtantin L. 1. C. Th. h. t. aufgehoben worden, wo es heißt: *sine auxilio Praetoris, petitionis aditus* per querelam referetur. Nach ſeiner Meinung hatten nämlich nicht bloß emancipirte Kinder, ſondern jeder, welcher die Inofficioſitätsklage anſtellen wollte, jene Bon. possessio zu agnoſciren nöthig. Denn da ein pflichtwidriges Teſtament ipso iure gilt, ſo könne nur der darin eingeſetzte Erbe, ſo lange das Teſtament nicht reſcindirt worden, für den eigentlichen wahren Erben gehalten werden. *L.* 32. *D. de hered. petit.* Jeder geſetzmäßige exheredirte Inteſtaterbe habe

Ohne eine ſolche Zubereitung geht die Querel auch nicht einmal auf die Deſcendenten des Enterbten über, außer in dem einzigen Falle, wenn der enterbte Sohn während der Deliberation des eingeſetzten Erben ſtirbt. In dieſem Falle können die Kinder deſſelben die Querel als Erben anſtellen, wenn gleich ihr verſtorbener Vater noch keine Zubereitung zur Anſtellung der Klage gemacht hatte[2]).

Zwar

be daher erſt durch die Wohlthat des Prätors in die Lage eines Erben müßen geſetzt werden. Hieraus erklärt ſich die Regel Ulpians *Fragm.* Tit. XXVIII. §. 12. *Qui heredes non sunt, beneficio praetoris constituendi sunt heredis loco.* Dieſe Bonorum possessio litis ordinandae causa ſey, alſo eine bloße Solennität, und daher sine re geweſen. Conſtantin habe dieſe Feyerlichkeit zuerſt bey der geſetzlichen Erbfolge mit der Cretion aufgehoben. *L. un. Cod. Theod. de cretione vel bonor. poss.* nachher auch bey der querela inoff. testam. *L.* 1. *C. Th. cit.* Allein dieſes ganze Syſtem iſt ungegründet. Weder in der *L. un. C. Th. de cret.* noch in der *L.* 1. *C. Th. h. t.* iſt die Rede von der B. Possessione *litis ordinandae causa.* Man ſehe Koch Bonor. possessio S. 525. folg. und *Iac.* Gothofredus in Commentar. ad L. 1. C. Theod. h. t. Tom. I. pag. 198. Wäre dieſe Bonor. possessio ſchon vom Kr. Conſtantin aufgehoben worden, ſo würden ja wohl die *L.* 6. §. 2. *L.* 7. und *L.* 8. *pr. D. h. t.* worin derſelben Erwähnung geſchieht, ohne Interpolation nicht in die Pandecten aufgenommen worden ſeyn, und die *L.* 2. *C. h. t.* wäre vollends ohne Sinn geweſen. S. Weſtphals Theorie des R. R. von Teſtamenten §. 1018.

2) *L.* 34. *C. h. t. Franc.* Raguelli Commentar. ad Constitut. et Decis. Iustin. lib. III. pag. 157. in fin. Malblank in Princip. iur. Rom. Tom. III. §. 699. nr. VII. pag. 855. Weſtphal von Teſtamenten §. 1029. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1705.

Zwar meint Hellfeld, daß in dem bemerkten Falle die Querel auf alle Erben des enterbten Sohns (heredes exheredati extraneos) übergehe; und Walch[3]) behauptet ſogar, daß nach dem neueſten röm. Rechte zur Transmiſſion der Querel nicht einmal die Präparation mehr nöthig ſey. Allein alle dieſe Ideen ſind ungegründet. Juſtinian[4]) ſagt ausdrücklich: **Iubemus, in tali specie eadem iura *nepoti* dari, quae *filius* habebat; etsi praeparatio facta non est ad inofficiosi querelam instituendam, tamen posse *nepotem* eandem causam proponere.** Noch deutlicher aber werden in einer neuern Conſtitution dieſes Kaiſers[5]) die **heredes extranei** des enterbten Sohns ausgeſchloſſen, in welcher es heißt: **In *medio* tamen *tempore*, id est, a morte quidem testatoris, sed *ante aditam hereditatem*, si decesserit *filius*, huiusmodi querelam (*licet se non praeparaverit*) ad suam *posteritatem* transmittet: ad *extraneos* vero *heredes* tunc tantummodo, quando antiquis libris insertam faciet *praeparationem*.** Der Grund, den Walch von der aufgehobenen **ratione legis** hernimmt, wird Niemanden überzeugen, der da weiß, daß die Anwendung eines römiſchen Geſetzes darum noch nicht gleich wegfällt, wenn gleich die Umſtände, welche auf das Geſetz eine Beziehung haben, bey uns wegfallen[6]).

3) Diss. de transitu querelae inoff. testam. ad heredes. *Ienae* 1772. §. 8. Eben dieſe Meinung vertheidigte nachher auch *Chr. Henr.* Breuning in Quaest. iur. controv. An supersit causa odii quaerelae inoff. testam. *Lipsiae* 1773. §. 3. et 8.

4) *L.* 34. *C. cit.*

5) *L.* 36. §. 2. *in fin. Cod. h. t.*

6) S. Webers Verſuche über das Civilrecht N.I. §. 16. S. 52. ff. und dieſes Commentars 2. Th. §. 58. S. 363.

Man kann daher immerhin zugeben, daß das alte Fundament, welches dieſe Klage gehäßig machte, durch das neueſte röm. Recht aufgehoben worden ſey, daraus folgt ja aber noch nicht, daß die Querel ohne Präparation auf die Erben gehe. Ihr Fundament bleibt immer ein blos perſönliches, wie bey der Injurienklage [7]). Hiermit ſtimmt auch der Gerichtsgebrauch [8]) überein.

3) Die Inofficioſitätsklage dauert nur fünf Jahre, und iſt nach Ablauf dieſer Friſt erloſchen [9]), wofern nicht hinlängliche Urſachen vorhanden ſeyn ſollten, aus welchen der Enterbte, der die Zeit verſäumt hat, eine Wiedereinſetzung in den vorigen Stand erlangen könnte [10]).

Die

7) *Iac.* Voorda Interpraetat. iur. Rom. lib. II. cap. 14. pag. 160.

8) S. de Cannegiesser Decisiones Hasso-Casselan. Tom. I. Dec. CII. nr. 13.

9) *L.* 8. §. 17. *L.* 9. *D. de inoff. testam. L.* 5. *C. Th. eodem. L.* 16. *L.* 34. *in fin. L.* 36. §. 2. *Cod. Justin. eod. tit.* Ob die Querel auch in dem Falle auf den kurzen Zeitraum von 5 Jahren eingeſchränkt ſey, wenn ſie als eine Einrede gegen die Klage des Teſtamentserben vorgebracht wird, (§. 552. S. 352. folg.) iſt unter den Rechtsgelehrten ſtreitig. Mehrere wollen dieſes behaupten, als *Io.* Schilter in Praxi iuris Rom. Exerc. XI. §. 32. *Pet. de* Greve in Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora. Exerc. VII. §. 20. *Mich. Godofr.* Wernher in lectissim. Commentat. ad Pandect. P. I. h. t. §. 13. pag. 277. Allein daß die Regel, nach welcher die Einreden des Beklagten vor angeſtellter Klage durch keine Verjährung erlöſchen, hier keine Ausnahme leiden, hat Herr Prof. Weber in den Beyträgen zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. Stück. Nr. I. S. 7. folg. ſehr gründlich gezeigt.

10) *L.* 8. §. 17. *D. h. t.* Plane si *post quinquennium* inofficiosum dici coeptum est ex *magna* et *iusta causa,* libertates non esse

Die Veranlaſſung zur Beſtimmung dieſes Quinquenniums ſcheint das Edict des Kaiſers Nerva gegeben zu haben, vermöge welchem der Zuſtand eines Verſtorbenen nach fünf Jahren überall nicht mehr beſtritten werden ſollte[11]). Weil nun auch bey der Inofficioſitätsklage der Zuſtand des Erblaſſers ſtreitig gemacht wurde, indem man die Klage darauf gründete, daß derſelbe eine Anwandlung von Raſerey gehabt, als er das Teſtament errichtet habe; ſo fanden es die römiſchen Rechtsgelehrten der Natur der Inofficioſitätsklage ſehr gemäß, die Dauer derſelben zu Folge

se revocandas, quae competierunt, vel praestitae sunt. S. Weſtphals Theorie des R. R. von Teſtamenten §. 1052.

11) *L.* 4. *D. ne de statu defunctor. post quinquennium quaeratur. Io. Abrah.* Ahasveri Diss. II. de M. Coccejo Nerva Imp. *Goettingae* 1752. §. 24. et 25. Hierdurch widerlegt ſich die Meinung derjenigen, welche behaupten, daß nach dem ältern röm. Rechte die Querela inofficiosi nur zwey Jahre gedauert habe. Eine Meinung, welche beſonders *Iac.* Gothofredus in Comm. ad L. 5. Cod. Theod. h. t. *Ian. a* Costa in Commentar. ad pr. J. eodem. Siccama de iudicio centumvirali Lib. II. cap. 6. Pothier in Pandect. Justin. Tom. I. h. t. nr. LII. pag. 197. Hofacker Princip. iur. civ. T. II. §. 1704. not. a. und Weſtphal im angef. Buche §. 1051. zu vertheidigen geſucht haben. Allein das Zeugniß des Plinius Lib. V. Epist. 1. worauf ſie ſich durchgehends berufen, beweiſet ihre Meinung nicht, weil Plinius nicht von der Verjährung der Inofficioſitätsklage, ſondern von der usucapione pro herede redet, wie *Petrus de* Toullieu in Collectaneis iuris civ. pag. 387. und Püttmann in Interpretat et Observ. iur. Rom. cap. XXX. pag. 150. hinlänglich gezeigt haben. Man vergleiche auch Zepernick ad *Siccamam* de iudicio centumvir. pag. 155. not. k.

Folge jenes Grundſatzes zu beſchränken [12]). Fällt nun gleich dieſer Grund heut zu Tage weg, ſo hat man es doch bey dieſer nachher durch die Geſetze ſelbſt beſtimmten Dauer um ſo mehr bewenden laſſen, da auch jetzt noch immer Grund genug zur Einſchränkung dieſer Klage vorhanden iſt [13]).

Um jedoch den Zeitpunkt genauer zu beſtimmen, da die Klage ihren Anfang nimmt, ſo iſt ein Unterſchied zu machen, ob der Kläger noch minderjährig, oder ſchon majorenn iſt. Einem noch minderjährigen Kläger läuft das Quinquennium nicht eher ab, als nach dem Eintritt der Großjährigkeit [14]). Iſt hingegen der Enterbte ſchon majorenn, ſo wird das Quinquennium von der Zeit an gerechnet, da der Erbe die Erbſchaft angetreten hat [15]). Es wird

12) Man vergleiche hier vorzüglich PÜTTMANN c. l. pag. 149. und deſſelben Adversaria iuris univ. Lib. I. cap. 6.

13) S. den 1. Th. dieſes Commentars §. 58. S. 363. folg.

14) *L. 2. C. In qui. caus. in integr. restitutio necess. non est.* Adolescentiae tempus non imputari in id quinquennium liberis, cuius praescriptis seram inofficiosi quaestionem moventibus opponi solet, manifeste ante descripsimus. Impleta igitur aetate legitima, non est in integrum restitutio necessaria: quia non redintegratio amissae causae his datur, sed integra ipsa causa servatur.

15) Vor Juſtinian war es unter den alten Rechtsgelehrten ſtreitig, wenn das Quinquennium zu laufen anfange; Ulpian rechnete den Anfang von der Antretung der Erbſchaft, Herennius Modeſtinus aber ſchon von dem Tode des Teſtirers. Es erhellet dies aus *L.* 36. §. 2. *C. h. t.* wo Juſtinian dieſen Streit entſchied. Illud praeterea sancimus, heißt es daſelbſt, ut tempora inofficiosi querelae *ab adita hereditate* secundum *Ulpiani* opinionum currant, *Herennii Modestini* senten-

wird jedoch vorausgeſetzt, daß der Kläger in Anſtellung der Klage nicht gehindert ſey. Denn das Quinquennium iſt ein **tempus ratione initii utile**[16]). Es wird daher die Zeit nicht gerechnet, da die Querel noch nicht erhoben werden konnte. Hatte der Kläger zuerſt die Nullitätsklage angeſtellt, aber den Prozeß verloren, ſo kann auch ſelbſt dem majorennen Kläger die Einrede der Verjährung nicht entgegen geſetzt werden, wenn er nachher noch zur Inofficioſitätsklage ſeine Zuflucht nimmt, wenn gleich während der Zeit, da der Nichtigkeitsprozeß geführt wurde, das Quinquennium bereits verſtrichen wäre. Denn dieſe Zeit wird nicht gerechnet, weil in derſelben die Inofficioſitätsklage nicht erhoben werden konnte[17]). Aus eben dieſem Grunde kann daher auch denen, welche durch Succeſſion zur Querel kommen (S. 378.), das Quinquennium nicht eher, als von der Zeit, zu laufen anfangen, da diejenigen, welche der Ordnung nach die nächſten zur Querel waren, ſich entweder ihres Anſpruchs begeben, oder ihr Klagerecht durch Verjährung verloren haben, oder mit der Klage abgewieſen worden ſind[18]).

4) Hat

tentia recusata qui a morte testatoris illico cursum de inofficioso querelae temporis dabat. S. *Franc.* Raguelli Commentar. ad constitut. et Decision. Justiniani Lib. III. pag. 165.

16) Siehe den 3. Th. dieſes Commentars §. 269. a. S. 501. folg.

17) *L.* 16. *C. h. t.* wo es heißt: praescriptio ex prioris iudicii mora quinquennalis temporis non nascitur, *quae officere non cessantibus non potest.* Man ſehe Püttmanni Adversaria iuris univ. Lib. I. cap. 6. pag. 117. seq. und Weſtphal von Teſtamenten §. 1024. S. 760.

18) Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1704. in fin. pag. 885.

4) Hat der Kläger die Querel ohne Grund erhoben, er habe nun für ſich ſelbſt, oder freywillig für einen andern querulirt, und er wird abgewieſen, ſo macht er ſich zur Strafe auch des Vermächtniſſes verluſtig, welches ihm etwa in dem Teſtament war hinterlaſſen worden, weil er das Andenken des Erblaſſers dadurch beſchimpft hat; und der Fiskus iſt befugt, ſolches in Beſchlag zu nehmen[19]). Die Strafe fällt jedoch weg,

1) wenn der Vormund die Querel für ſeinen enterbten Mündel aus Amtspflicht erhob[20]). Dieſer iſt einem bloßen Sachwalter nicht gleich zu achten, der den Auftrag ablehnen konnte[21]).

2) Wenn der Kläger den Prozeß liegen ließ, oder noch vor dem Endurtheil ſtarb[22]). Denn der Kläger muß den Prozeß bis zum Endurtheil nicht nur fortgeſetzt, ſondern auch dieſes noch erlebt haben[23]).

3) Wenn ohne gründliche Unterſuchung der Sache blos in contumaciam erkannt worden iſt[24]).

Ueber

19) *L.* 8. §. 14. *D. h. t.*

20) §. 5. *I. h. t. L.* 30. §. 1. *D. eodem. L.* 22. *D. de his, quae ut indign.*

21) *L.* 5. §. 11. *D. de his, quae ut indignis. de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 24. Exc. 1. Weſtphal von Teſtamenten §. 1070.

22) *L.* 8. §. 14. *D. h. t.*

23) Weſtphal §. 1054.

24) *L.* 8. §. 14. *cit.* Proinde et si absente eo secundum praesentem pronuncietur, potest dici, conservandum ei, quod accepit.

Ueberhaupt aber wollen mehrere Rechtsgelehrten [25]) behaupten, daß dieſe Strafe heutiges Tages ganz wegfallen müſſe, weil eines Theils durch die Querel nach der Novelle **115.** die Vermächtniſſe nicht mehr zu Grunde gehen, andern Theils aber auch die Anfechtung eines Teſtaments aus dem Grunde der Pflichtwidrigkeit keine ſo grobe Beleidigung mehr für den Teſtirer ſey, als ehemals, da der Kläger den **colorem dementiae** zur Begründung ſeiner Klage zu Hülfe nehmen mußte, welcher aber h. z T. wegfalle. Allein alle dieſe Gründe ſind von keinem ſonderlichen Gewicht. Denn

1) redet die Novelle ausdrücklich nur von ſolchen Vermächtniſſen, die andern Perſonen, und nicht dem, welcher die Querel anſtellt, hinterlaſſen worden ſind, und welche dieſer, wenn er den Prozeß gewinnt, ſelbſt auszahlen muß. Sie findet alſo auf den gegenwärtigen Fall gar keine Anwendung.

2) Läßt ſich auch nicht behaupten, daß der **color insaniae** bey der Querel im neuern römiſchen Rechte ganz aufgehoben ſey. Das Gegentheil iſt oben (S. **420.**) dargethan worden. Fällt nun aber auch dieſer Vorwand bey der Querel der Kinder und Eltern nach der Nov. **115.** weg, ſo bleibt es immer noch eine harte Beleidigung des Teſtirers, wenn man ſein Teſtament als pflichtwidrig anficht; und dann muß man

3) auch

25) *Ev.* Otto in Comm. ad Institut. h. t. §. 5. pag. 298. seq. *Jo. Chrph.* Woltaer Observ. iur. civ. et Brandenb. Fasc. II. Obs. 26. und *Jo. Chr.* Koch in Specim. comp. Pand. acced. Meditat. ad Schaumburgi compend. Dig. medit. 5.

3) auch hier bedenken, was ich ſchon mehrmals erinnert habe, daß manche Folgeſätze des röm. Rechts noch h. z. T. gelten, wenn gleich das Hauptprincip, woraus ſie herfließen, längſt aufgehoben iſt.

Mit Recht wird daher von andern Rechtsgelehrten [26]) jene Meinung verworfen, und practiſche Juriſten [27]) bezeugen, daß die Strafe der Confiscation in dem bemerkten Falle noch jetzt im Gebrauch ſey.

Diejenigen, welche behaupten, daß Kinder und Eltern nach der Novelle 115. die **querelam inofficiosi** gar nicht mehr hätten, ſondern das Teſtament durch eine qualificirte Erbſchaftsklage als nichtig beſtreiten könnten, wenn die Vorſchriften dieſer Novelle nicht beobachtet worden, handeln zwar ganz conſequent, wenn ſie ſagen, daß alle jene Folgen, welche der Natur der Querel, als einer odiöſen Klage, eigen waren, bey dieſer Nichtigkeitsklage wegfallen [28]). Bey dieſer Klage könne alſo den ſachfälligen Theil weder jene Strafe der Confiscation in Anſehung des ihm hinterlaſſenen Legats treffen, noch bedürfe es hier einer Vorbereitung zur

26) Weſtphal Theorie des R. R. von Teſtamenten §. 1054. S. 787. Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 3. not. x. Höpfner im Commentar §. 535. N. 4. Thibaut System des P. R. Th. 2. §. 818. S. 233.

27) Stryck Us. mod. Pand. Lib. XXXIV. Tit. 9. §. 3. Richter Decis. XLII. nr. 7. et 13. Wernher Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 161. Reinharth ad *Christianaeum* Vol. IV. Obs. 41. pag. 42.

28) Man ſehe Book Lehre von der Enterbung §. 24. u. §. 27. und Thibaut System. des Pand. R. 2. B. §. 819.

zur Transmiſſion der Klage auf die Erben, noch ſchließe der Ablauf eines Quinquenniums den Kläger aus, ſondern hier könne der ausgeſchloſſene Notherbe nur durch ein dreyßigjähriges Stillſchweigen ſein Recht verlieren. Allein da ich das ſogenannte Nullitätsſyſtem ſchlechterdings verwerfe, und die Nov. 115. von der Inofficioſitätsklage erkläre, ſo halte ich auch die aus jenem Syſtem abgeleiteten Sätze für unrichtig.

§. 560.

Fälle, wo die Inofficioſitätsklage nicht Statt findet.

Die Inofficioſitäts-Querel fällt weg,

1) wenn ſich der Notherbe derſelben freywillig begiebt. Nach dem römiſchen Rechte gilt jedoch eine ſolche Entſagung nicht, wenn ſie beym Leben des Erblaſſers geſchehen iſt, wenn gleich der Ausgeſchloſſene von dem Teſtirer gewiſſe Sachen oder Summen zu ſeiner Abfindung wegen des ihm gebührenden Pflichttheils erhalten hätte. Der Vertrag, den er deshalb mit dem Erblaſſer geſchloſſen hat, verbindet ihn nicht, ſondern er kann das Teſtament anfechten, als wenn keine Entſagung geſchehen wäre. Juſtinian[29]) ſagt in einer merkwürdigen Conſtitution an den Praefectus praetorio *Iulian*: Illud etiam sancimus: ut si quis a patre certas res vel pecunias accepisset, et pactus fuisset, quatenus de inofficioso querela adversus testamentum paternum minime ab eo moveretur; et post obitum patris filius, cognito paterno testamento, non agnoverit

29) *L.* 35. §. 1. *Cod. h. t.* Einen vortrefflichen Commentar über dieſes Geſetz findet man in *Joh.* Strauchii Exercitat. ad L. Decisiones Iustiniani. Exercit. IV.

verit eius iudicium, sed oppugnandum putaverit, *vetere iurgio exploso*, huiusmodi pacto filium minime gravari, secundum *Papiniani* responsum, in quo devinivit, *meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quam pactionibus adstringendos*. Juſtinian bemerkt hier, es ſey über die Frage, die er hier entſchieden hat, ein Streit unter den alten Rechtsgelehrten geweſen. Davon findet ſich indeſſen keine Spur; vielmehr war mit Papinian auch Paulus [30]) vollkommen einverſtanden, welcher ſogar den nämlichen Grund braucht, wenn er ſagt: Pactio talis, *ne de inofficioso testamento dicatur*, querelam super iudicio futuram non excludit. *Meritis enim liberos, quam pactionibus adstringi placuit*. Viele [31]) glauben, daß von dieſer Vorſchrift des römiſchen Rechts heutiges Tages kein Gebrauch mehr zu machen ſey, weil nach den Grundſätzen des teutſchen Rechts Erbverzichte gültig wären. Andere [32]) hingegen ſind der Meinung, es finde zwar eine Entſagung Statt; ſie müſſe aber eidlich beſtärkt werden; denn dieſes erfordere das Canoniſche Recht [33]). Dies behauptet auch Hellfeld. Allein jene Vorſchrift des römiſchen Rechts, welche die Entſagung der Querel bey Lebzeiten des Erblaſſers für ungültig erklärt, beruhet auf einem ganz andern Grunde

30) *Sentent. recept.* Lib. IV. Tit. 5. §. 8. in Schulting *Jurispr. Antejust.* pag. 399.

31) Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1703. Schmidt Commentar über ſ. Vaters Lehrbuch von Klagen 3. B. §. 548. S. 18. Thibaut Syſtem des Pandectenrechts 2. B. §. 818. S. 233.

32) Leyser Meditat. ad Pand. Specim. XCIII. Cor. 3.

33) Arg. *cap.* 2. *de pactis in* 6*to*.

Grunde, als dem, welchen man gewöhnlich angiebt, daß nämlich Erbverzichte nach dem römiſchen Rechte[34]) ungültig wären. Juſtinian erklärt vielmehr den Vertrag, den der Vater mit ſeinem Sohne über die Entſagung der Querel geſchloſſen, nach dem Gutachten des Papinians darum für unverbindlich, *quia meritis magis filii ad parterna obsequia provocandi sunt, quam pactionibus adstringendi*; oder wie es die **Basilica**[35]) ausdrücken: *μᾶλλον ἐνεργεσίαις* (beneficiis)[36]) *προκαλεῖσθαι πρὸς ὑπακοὴν εἰς τὰς πατρικὰς ὑπηρεσίας ἀπὸ τῶμ πατέρως τοὺς κᾶιδας, καὶ μὴ διὰ συμφώνων συσφιξεσθαι;* d. i. weil Väter ihre Kinder zur Befolgung ihres Willens vielmehr durch Wohlthaten aufmuntern, als durch Verträge, wodurch ſie dieſelben um ihr Recht bringen, verbinden ſollen. Dieſer Grund findet auch auf unſere heutige Verfaſſung vollkommene Anwendung, da die Lehre von dem Pflichttheile der Notherben aus dem römiſchen Rechte herſtammt, und nach den Grundſätzen deſſelben beurtheilt werden muß. Nach dieſen Grundſätzen aber darf der Pflichttheil auf keine Weiſe geſchmälert werden, und ſelbſt alsdann, wenn Kinder die Enterbung verdient haben, muß dieſe dennoch nach Vorſchrift der Geſetze mit Anführung einer rechtmäßigen Urſache geſchehen, wenn das Teſtament nicht angefochten werden ſoll. Fehlt es an einer

34) *L. 94. D. de acquir. vel omitt. hered. L. 16. D. de suis et legitim. hered. L. 3. C. de Collation.*

35) Tom. V. Lib. XXXIX. Tit. 1. pag. 216.

36) Strauch a. a. O. Cap. III. nr. 2. erklärt dieſes ſehr richtig, wenn er ſagt: quod fit gerendo se erga filium ex officio paterna, non *ἀκαθεικόντως*, *inofficiose*, nempe si ei relinquit, quantum legibus debebatur.

einer ſolchen Urſache, und der Sohn paciſcirt mit dem Vater, daß er gegen den Empfang einer Summe das Teſtament nicht anfechten wolle, in welchem ihn der Vater enterben würde, ſo iſt der Vertrag offenbar geſetzwidrig. Wie aber, wenn der Notherbe ſeines Pflichttheils wegen vollkommen abgefunden wäre? Nach Ulpian[37]) würde ihm hier die **exceptio doli** entgegen geſetzt werden können, wenn er der geſchehenen Verzichtleiſtung zuwider die Inofficioſitätsklage anſtellen wollte. Ulpian redet zwar nur vom Vater, wenn er ſagt: **Si parens vel accepit pecuniam, ut emanciparet, vel postea vivus in eum filius,** ***quantum satis est*** (unſtreitig den Pflichttheil), **contulit, ne iudica eius inquietet,** ***exceptione doli*** **repellitur.** Allein man kann mit Grund behaupten, daß er in dem Falle, da der Sohn der abgefundene Theil iſt, nicht anders geſprochen haben würde. Ob aber auch noch nach der **115.** Novelle dem Sohne oder Vater die Einrede des Dolus entgegenſtehen würde, iſt eine andere Frage. Ich glaube ſie, nach den klaren Worten des **3.** und **4.** Kap. dieſer Novelle, gerade zu verneinen zu können. Denn Juſtinian ſagt ausdrücklich, es ſoll ſo wenig den Eltern erlaubt ſeyn ihre Kinder, als den Kindern ihre Eltern zu enterben, oder zu präteriren, ***etsi quacunque donatione, vel legato, vel fideicommisso, vel*** ALIO QUOCUNQUE MODO ***partem legibus illis debitam deterint;*** wenn ſie ſich nicht durch Undankbarkeit der Enterbung würdig gemacht haben, und eine von den im Geſetz beſtimmten Urſachen angeführt wird. Dieſes Geſetz würde alſo die kraftvolleſte Replik gegen die **exceptio doli** darbieten. Und ſo läßt denn nun die

37) *L.* 1. §. 3. *D. Si quis a parente manumiss.*

die heutige Anwendbarkeit der *L.* 35. §. 1. *C. h. t.* wohl keinen gegründeten Zweifel übrig, welche überdem durch die Entſcheidungen der angeſehenſten teutſchen Spruch-Collegien[38]) noch beſonders beſtärkt werden kann. Daß hingegen nach dem Tode des Erblaſſers eine ſolche Verzichtleiſtung in Abſicht auf die Querel gültig geſchehen könne, leidet keinen Zweifel, und Juſtinian ſagt dieſes ſelbſt in der angeführten *L.* 35. §. 1. *C. h. t.* Sed hoc ita admittimus, nisi *transactiones ad heredes paternos* (i. e. cum heredibus paternis) *filius celebravit*, in quibus *apertissime iudicium patris agnoverit.* Es kann jedoch eine ſolche Entſagung nicht nur ausdrücklich durch Vergleich[39]) geſchehen, wohin auch der Fall gehört, den Paulus[40]) anführt: si in testamento adscripserim post mortem patris, consen-

38) S. *de* Cannegiesser Decision. Hasso-Cassellan. Tom. I. Decis. CLI. nr. 1—3. und nr. 6. pag. 647. seqq. Pütters auserleſene Rechtsfälle 1. Bandes 3. Th. Resp. XCIII. nr. 22. und 23. S. 798. Ge. Lud. Böhmers auserleſene Rechtsfälle 3. Band Resp. 195. nr. 23. S. 194. u. beſonders Kleins merkwürdige Rechtsſprüche der Halliſchen Juriſten-Facultät. 1. B. Nr. XXXIII. S. 247. ff.

39) Strauch c. l. Cap. V. nr. 1. seq. Sollte jedoch der Teſtamentserbe den Vergleich nicht gehörig erfüllen, ſo bleibt es dem Enterbten unbenommen, die Inofficioſitätsklage annoch anzuſtellen. *L.* 27. *pr. D. h. t.*

40) *L.* 31. §. 4. *D. h. t.* Hätte der Sohn ſeine Enterbung in dem väterlichen Teſtamente mit eigener Hand geſchrieben, ſo wird dieſe Enterbung nicht für ungültig gehalten, und der Prätor giebt hier dem Sohne keine Bonorum possessio contra tabulas. *L.* 8. §. 6. *D. de B. P. contr. tab.* S. Weber zu Höpfners Commentar §. 660. Not. *. S. 721. und Daniels Diss. de Senatusconsulto Liboniano. *Bonnae* 1791. §. 20.

sentire me. Repellendus sum ab accusatione; ſondern auch **ſtillſchweigend**, wenn nämlich der Enterbte eine ſolche Handlung unternimmt, wodurch er das Teſtament als gültig, und den Teſtamentserben für einen wahren Erben anerkennt. Eine ſolche Handlung iſt

1) **Annehmung eines Vermächtniſſes aus den Händen des eingeſetzten Erben**[41]). Es wird jedoch vorausgeſetzt,

a) daß der Enterbte das Vermächtniß für ſich fordere. Denn wenn er es als Vormund für ſeinen Mündel fordert, ſo vergiebt er ſich hierdurch in Anſehung der ihm zuſtehenden Querel nichts, weil er hier aus Amtspflich handelt[42]). Ein anders wäre, wenn er es zwar für einen an-

41) *L.* 5. *D. de his, quae ut indignis.* Post legatum acceptum, non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non iure factum contendere: *inofficiosum autem dicere non permittitur.* Add. L. 8. §. 10. L. 12. §. 1. D. h. t. Hat der Enterbte das Legat eingeklagt, er iſt aber mit der Klage abgewieſen worden, weil es nachher der Teſtirer widerrufen hatte, ſo verliert er ſein Recht zur Querel nicht. *L.* 12. §. 2. *D. h. t.* Si, cum filius *atendum legatum* instituit petere, summotus, repetat inofficiosi querelam, praescriptione removendus non est. Quamvis enim agendo testamentum comprobaverit, tamen est aliquid, quod testatoris vitio reputetur, ut merito repellendus non sit.

42) §. 4. *I. h. t.* Von dieſem Falle iſt auch die L. 10. §. 1. *D. eod.* zu verſtehen, wo **Marcellus** ſagt: Illud notissimum est, eum, qui legatum perceperit, non recte de inofficioso testamento dicturum, *nisi id totum alii administravit.* Man ſehe Pothier Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. XLVI. not. b. p. 197.

andern verlangt, aber nicht aus Amtspflicht, ſondern als Advocat, oder als freywilliger Anwalt[43]).

b) Daß der Enterbte das Vermächtniß aus den Händen des Erben erhalten habe. Wenn alſo das Legat ein ſolches iſt, welches der Enterbte ohne Abforderung und beſondere Annehmung ſchon inne hat, wie z. B. das Vermächtniß einer Schulderlaſſung, ſo hindert dieſes den Enterbten nicht, die Querel dennoch anzuſtellen, weil es hier an einer Handlung fehlt, wodurch das Teſtament anerkannt wird[44]).

Wie aber, wenn der Teſtirer Jemanden ein Legat unter der Bedingung hinterlaſſen, dem Enterbten etwas davon auszuzahlen, und der Enterbte dieſe Summe aus den Händen des Legatars angenommen hätte? Nach Ulpian[45]) iſt

43) L. 32. *pr. D. h. t.*

44) *L.* 12. §. 3. *D. eod.*

45) *L.* 8. §. 10. *D. h. t.* Si conditioni parere testator heredem iussit in persona filii vel alterius, qui eandem querelam movere potest; et sciens is accepit: videndum est, ne ab inofficiosi querela excludatur. Agnovit enim iudicium. Idem est, *et si legatarius ei* vel statu liber *dedit.* Et potest dici excludi eum, maxime si heredem ei jusserat dare. Ceterum si *legatarium*; numquid semel natam inofficiosi querelam non perimat legati oblatio? Cur ergo in herede absolute diximus? Quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querela. Ego eventum puto sequendum in hac re: ut, si forte, *antequam iudicium moveatur*, oblatio ei fiat eius, quod relictum est, *quasi ex voluntate testatoris oblato eo, satis ei factum videatur.* Anton Faber in Rational. ad Pand. will hier nichts als Tribonianismen antreffen. Allein daß hierzu nicht der mindeſte Grund-

iſt ein Unterſchied zu machen, ob der Enterbte die Querel bereits erhoben hatte, oder nicht. Im erſtern Falle kann ihn die Annahme des Legats nicht präjudiciren; der Kläger nimmt dieß auf Abſchlag der ganzen Erbſchaft, welche er abfordert. Denn gewinnt er, ſo bekommt er ohnedem alles, was der Legatar erhalten hat. Die Fortſetzung des Prozeſſes iſt als eine Proteſtation anzuſehen, daß ſich der Enterbte hierdurch nichts in Anſehung ſeines Anſpruchs vergeben wolle. In dem letztern Falle hingegen hält Ulpian die Annehmung des Legats für eine Anerkennung des Willens des Teſtirers, und der Enterbte kann nun das Teſtament nicht weiter anfechten.

Allein ſollte dieſe Entſcheidung nicht durch die Novelle **115.** eine Abänderung erlitten haben?

Viele Rechtsgelehrten[46]) behaupten wirklich, daß nach der Nov. **115.** die Annehmung eines Vermächtniſſes die Inofficioſitätsklage auf keinen Fall mehr ausſchließe, weil nach der Vorſchrift dieſes Geſetzes die Vermächtniſſe ihre Gültigkeit behielten, wenn gleich das Teſtament als pflichtwidrig reſcindirt würde. Allein es iſt zu unterſcheiden, ob die Querel von Geſchwiſtern oder von Kindern oder Eltern

vorhanden ſey, hat Ulrich Huber in **Eunomia Rom. ad h. L. pag. 251. seq.** ſehr gründlich gezeigt. Das Geſetz ſelbſt, welches freylich etwas dunkel iſt, hat Weſtphal in der Lehre des R. R. von Teſtamenten §. 1082. ſehr gut erklärt. Man vergleiche auch **Pothier Pandectae Iustin. T. I. h. t. Nr. XLV.**

46) **Voet Commentar. ad Pandect. h. t. §. 13. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCIII. medit. 7. Madihn Princip. iur. Rom. de Successione. §. 264. Koch Meditat. ad Schaumburgii Compendium Dig. Specim. 5. Hofacker Princip. iuris civ. Tom. II. 1703.** und **Malblank Dig. Tom. III. §. 699.**

tern angeſtellt wird. Im erſten Falle bleibt es ganz bey dem ältern Rechte. In dem andern Falle hingegen kommt es darauf an, ob dem Erben ſelbſt, oder bloß einem Legatar die Auszahlung des Vermächtniſſes an den Enterbten von dem Teſtator anbefohlen worden iſt. In dem letztern Falle halte ich dafür, daß die Annehmung eines Vermächtniſſes aus den Händen des Legatars den Enterbten nach der Nov. 115. an der Anſtellung der Inofficioſitätsklage nicht hindere. Denn den Legatar kann der Kläger nach der Nov. 115. immerhin als einen ſolchen anerkennen, deswegen hat er noch nicht den Erben ſelbſt, als ſolchen, anerkannt[47]). Allein in dem erſten Falle ſteht die Annehmung eines Vermächtniſſes aus den Händen des Erben mit der Anſtellung der Inofficioſitätsklage im offenbaren Widerſpruche. Dieſer Widerſpruch kann durch die Nov. 115. nicht gehoben werden. Denn Juſtinian redet daſelbſt von ſolchen Vermächtniſſen, die einem Dritten auszuzahlen, nicht aber von ſolchen, welche dem Enterbten hinterlaſſen worden ſind. Beſonders aber iſt hier zu erwägen, daß diejenigen Vermächtniſſe, von denen in der Nov. 115. Kap. 3. und 4 die Rede iſt, nicht von dem im Teſtament eingeſetzten Erben, ſondern von dem Enterbten auszuzahlen ſind, welcher den Prozeß gewonnen hat. Da nun, wenn das Teſtament, als pflichtwidrig reſcindirt wird, nicht mehr der Erbe die Vermächtniſſe auszahlen kann, ſo folgt daraus von ſelbſt, daß der Enterbte durch Annehmung ei-

47) S. Gambsjaeger Diss. de testamento in genere, in specie inofficioso. P. IV. §. 10. pag. 73. Thibaut System des Pandectenrechts 2. B. §. 819. a. E. S. 234. Book Lehre von der Enterbung §. 24. S. 79. folg.

nes Legats aus den Händen des eingeſetzten Erben, denſelben auch noch jetzt nach der Nov. **115.** als wahren Erben anerkannt habe. Hierin ſtimmen auch die meiſten Rechtsgelehrten überein[48]).

Eine ſtillſchweigende Anerkennung des Teſtaments geſchieht auch

2) durch eine jede andere Handlung, welche der Enterbte gar nicht unternehmen konnte, ohne den Teſtamentserben als einen wahren Erben anzuerkennen. Dahin gehört, wenn er von dem Erben Sachen kauft, welche zur Erbſchaft gehören, oder Erbſchaftsgüter pachtet, oder dem Erben dasjenige bezahlt, was er dem Erblaſſer ſchuldig war, oder das von dem Erben fordert, was der Teſtirer dem Enterbten ſchuldig war[49]). Keineswegs aber wird der letzte Wille des Erblaſſers dadurch anerkannt, daß der Enterbte Erbe des in dem pflichtwidrigen Teſtament eingeſetzten Miterben geworden iſt. Hier kann die Inofficioſitätsklage immer noch gegen den andern Miterben angeſtellt werden, wie Paulus[50]) ſagt: **Si heres extiterim ei, qui eo testamento institutus est, quod de inofficioso arguere volo: non mihi nocebit:** ***maxime si eam portionem non possideam***, ***vel iure suo possideam.*** Daß hier von einem ſolchen Falle die Rede ſey, wo mehr als ein Teſtamentserbe

48) Lauterbach Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 32. *Franc.* Alef Diss. de viribus legati ex testamento inofficioso acceptati. *Mich. God.* Wernher lectissim. Commentat. in Pand. h. t. §. 15. Müller Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 230. und Weſtphal von Teſtamenten §. 1187.

49) *L.* 23. §. 1. *D. de inoff. testam.*

50) *L.* 31. §. 2. *D. h. t.*

erbe vorhanden war, ſetzen die Worte: **maxime si** ***eam portionem*** (nämlich den Theil der Erbſchaft, welchen der verſtorbene Teſtamentserbe aus dem pflichtwidrigen Teſtament erhalten hatte) **non possideam**, außer Zweifel, welche Pothier[51]) ſo verſteht, daß vielleicht der verſtorbene Erbe dieſen Theil der Erbſchaft noch bey ſeinem Leben veräußert hatte. Dieß iſt wohl allerdings richtiger, als wenn Weſtphal[52]) dieſe Worte von dem Theile der Erbſchaft verſtehen will, **quam possidet alter coheres**, gegen welchen der Enterbte klagen will. Allein die letzten Worte machen den Auslegern Schwierigkeit. Anton Faber[53]) hält ſie für ein Emblem des Tribonian, er glaubt überdem, daß die Worte *iure suo* corrupt wären, und *pro suo* geleſen werden müſſe. Allein ohne Grund, wie Ulrich Huber[54]) ſchon dagegen mit Recht erinnert hat. Huber verſteht dieſe Worte ſo, wenn der Enterbte den Theil der Erbſchaft, welchen der verſtorbene Teſtamentserbe aus dem Teſtament erhalten hat, **alio quam hereditario iure**, z. B. vermöge eines Kaufs, beſitzt. Hiermit ſtimmt auch Voet[55]) überein. Weſtphal[56]) ſtellt ſich einen ſolchen Fall vor, wo der enterbte des ernannten Erben Pupillarerbe geworden, und beruft ſich auf die ***Basilica***[57]) wo die Worte

51) Pandect. Iust. T. I. h. t. nr. XLVII. not. d. pag. 197.

52) Theorie des R. R. von Teſtamenten §. 1031. S. 766.

53) Rational. ad h. L. Pandectar.

54) Eunomia Rom. pag. 265.

55) Commentar. ad Pand. h. t. §. 34. a. E.

56) a. a. O.

57) Tom. V. lib. XXXIX. pag. 206.

Worte ſo lauten: ἢ ἐξ ἰδίου μου δικαίου νέμομαι αὐτο, i. e. vel *proprio meo iure* eam possideam. Hier ſey nun zwar der Enterbte des ernannten Erben Erbe. Er habe aber die Erbſchaft nicht ſowohl ihm zu verdanken, als vielmehr einem vom Vater deſſelben ertheilten Rechte. Allein die Worte: *suo iure* können hier wohl ſchwerlich ſoviel als meo iure heißen, ſondern ſie deuten, wie ſie Jenſius[58]) ganz richtig erklärt, auf das Recht des verſtorbenen Teſtamentserben, deſſen Erbe der Enterbte geworden iſt; *suo iure* iſt ſoviel als iure hereditario, wie Pothier[59]) ſagt. Der Sinn gehet alſo dahin, wenn ich auch dieſen Theil als Erbe des ernannten Erben beſitze, ſo wird doch auch in dieſem Falle die Querel gegründet ſeyn. Denn darin liegt noch keine Anerkennung des Teſtaments. Die Erbſchaft, die mein Erblaſſer gethan hat, iſt von der Erbſchaft, welche ich thue, ganz verſchieden, und letztere hat auf die erſtere keinen Einfluß.

Die Querel findet ferner II) nicht Statt, wenn die Enterbung bona mente geſchehen iſt. Ich habe von dieſer Enterbung ſchon an einem andern Orte (§. 551. S. 255. folg.) ausführlich gehandelt. Sollte jedoch die Urſache, aus welcher ſie geſchehen iſt, nachher wegfallen, z. B. der blödſinnige Sohn kommt wieder zu Verſtande, oder der verſchuldete Sohn hat ſich mit den Gläubigern unterdeſſen verglichen, und ſeine Schulden bezahlt, ſo daß dieſe nun keine Forderungen mehr an ihn haben, ſo kann das Teſtament, wenn auf dieſen Fall dem Sohn nicht wenigſtens der Pflichttheil vermacht worden iſt, nach der Mei=

58) Stricturae ad Rom. iur. Pandect. Pag. 34.

59) a. a. O.

Meinung mehrerer Rechtsgelehrten[60]) doch noch angefochten, oder wenigſtens auf Ergänzung des Pflichttheils geklagt werden. Ferner

III) fällt die **Querela inofficiosi testamenti** auch bey Soldatenteſtamenten weg, es ſey nun das Teſtament entweder im Felde nach militäriſchem Rechte, oder von einem Filiusfamilias über das **peculium castrense** nach gemeinem Rechte errichtet worden[61]). Ein ſolches Teſtament kann nicht als pflichtwidrig angefochten werden, wenn gleich der ausgeſchloſſene Inteſtaterbe ſelbſt Soldat wäre[62]). Ein gleiches Privilegium hat Juſtinian dem **peculio quasi castrensi** beygelegt, daß ein darüber errichtetes Teſtament mit der **Querela inofficiosi** auf keine Weiſe angefochten werden kann[63]). Dieſes Privilegium gilt zwar bey einem **filiofamilias** in Rückſicht des **peculii castrensis** auch dann noch, wenn er ſchon ſeinen Abſchied erhalten hat, es findet aber doch nur während der väterlichen Gewalt Statt[64]). Stirbt er alſo, nachdem er **sui iuris** gewor-

60) Voet in Comm. ad Dig. h. t. §. 22. *Luc. van de* Poll de exheredat. et praeterit cap. LXVII. §. 9. Boof Lehre von der Enterbung. §. 21.

61) *L.* 9. *L.* 24. *Cod. h. t. Luc. van de* Poll cap. LXVI. Hofacker Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1706.

62) *L.* 27. §. 2. *D. h. t.*

63) *L.* 37. §. 1. *C. eodem.*

64) Ehemals ſtand zwar dem Veteran, auch während der väterlichen Gewalt, in Rückſicht des peculii castrensis kein Privilegium mehr zu, wie *Io. Fern. de* Retes Lib. V. Opusculor. cap. 3. nr. 18. (in *Thes. Meermann* T. VI. pag. 251.) gezeigt hat. Allein Juſtinian hat auch den filiisfam. veteranis dieſes Privilegium gegeben, wenn ſie über ihr peculium castrense teſtiren. *L. ult. C. h. t.*

geworden, ſo iſt das Teſtament der Querel unterworfen, weil nun aller Begriff eines Pekuliums wegfällt[65]. Hat hingegen ein Soldat, der **sui iuris** war, ein militäriſch Teſtament gemacht, und er ſtirbt nach erhaltenem Abſchiede, ſo kommt es darauf an, ob er binnen einem Jahre nach dem Abſchiede, oder ſpäter ſtirbt. In dem erſten Falle gilt das Teſtament, und es kann nicht als pflichtwidrig angefochten werden, wohl aber in dem letztern Falle[66]). Daß jedoch gegen das Teſtament eines **patrisfamilias veterani**, welches derſelbe erſt nach erhaltenem Abſchiede gemacht hat, die Querel Statt finde, wenn er auch gleich über das im Kriegsdienſte erworbene Vermögen teſtirt hätte, ſagt Papinian[67]) ausdrücklich.

Mehrere Rechtsgelehrten[68]) wollen jedoch behaupten, daß nach der Nov. 115. Kap. 3. u. 4. den **filiisfamilias** wenig-

65) *L.* 37. §. 2. *C. h. t.* Sed hoc obtinere oportet, *donec in sacris parentum suorum constituti sunt hi*, qui quasi castrense peculium possident. Si enim *sui iuris* efficiuntur procul dubio est, eorum testamenta et pro ipsis rebus, quas antea *ex quasi castrensi peculio* habeant, posse *de inofficioso querelam sustinere*, cum neque nomen peculii permanet. S. Weſtphal von Teſtamenten §. 784.

66) *L.* 8. §. 4. *D. h. t.* S. Weſtphal a. a. O. §. 783.

67) *L.* 8. §. 3. *D. h. t.*

68) Viglius Zuichemus Comm. ad pr. I. de milit. testam. de Retes c. l. nr. 20. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. circa fin. T. II. *operum* pag. 174. *Luc. van de* Poll de exhered. et praeterit. cap. LXVI. §. 7. seq. Struv Syntagm. iuris civ. Exerc. X. th. 39. Stryck Us. mod. Pandectar. h. t. §. 14. Emminhaus ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 19. not. 5. Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 458. Not. 2. verglichen mit §. 454. Not. 1.

wenigſtens alsdann kein Privilegium mehr zukomme, wenn ſie über ihr **peculium castrense** oder **quasi castrense** nach dem gemeinen Rechte teſtiren. In dieſem Falle dürften ſie diejenigen ohne eine rechtmäßige Urſache nicht exherediren, denen der Pflichttheil nach den Geſetzen gebührt, ſonſt könnte das Teſtament als pflichtwidrig angefochten werden. Nur bey dem eigentlichen militäriſchen Teſtamente, welches ein Soldat im Felde gemacht hat, behaupte das mehrgedachte Privilegium noch ſeine Gültigkeit. Dieſe Meinung hat nun zwar die Worte des **4.** Kap. der **115.** Novelle für ſich, wo Juſtinian ſagt: **non licere liberis parentes suos praeterire, aut quolibet modo a rebus propriis, *in quibus habent testandi licentiam*, eos omnino alienare.** Denn da Kinder, welche **sui iuris** ſind, über ihr Vermögen ohne Unterſchied teſtiren können, ſo ſcheint hier der Kaiſer an das **peculium castrense** oder **quasi castrense** gedacht zu haben. Allein hiermit läßt ſich nicht füglich vereinigen, wenn Juſtinian in der Nov. **123.** Kap. **19.** den Söhnen, welche geiſtlichen Standes ſind, inſofern ſie über ihr **peculium quasi castrense** teſtiren, zur Pflicht macht, ihren Eltern den Pflichttheil zu hinterlaſſen. Nach jener Meinung wäre dieſe Verordnung ganz überflüßig geweſen. Da ſich nun dieſes nicht wohl behaupten läßt, ſo kann das, was Juſtinian in der Nov. **123.** Kap. **19.** verordnet hat, wohl nur für eine Ausnahme gehalten werden, welche das Privilegium in den nicht ausgenommenen Fällen als Regel um ſo mehr beſtätiget, je bekannter es iſt, daß Privilegien, welche in den ältern Geſetzen ertheilt worden, durch die allgemeine Verordnung eines neuern Geſetzes nicht aufgehoben werden, wenn es nicht ganz deutlich daraus zu erſehen iſt, daß dieſes die

die Abſicht des Geſetzgebers geweſen ſey[69]). Dieſe Meinung hat auch die Auctorität mehrerer berühmter Rechtsgelehrten[70]) für ſich.

IV) Wenn der Vater durch eine Pupillar-Subſtitution den Erben ſeines unmündigen Kindes beſtimmt, ſo kann er die leibliche Mutter des Kindes ausſchließen, ohne daß ſie das Teſtament als pflichtwidrig anfechten kann. Ulpian[71]) ſetzt den Grund darin: *quia pater testamentum fecit*. Durch die Novelle **115**. iſt hierin nichts geändert, wie einige[72]) behaupten wollen. Denn es iſt eine unrichtige Vorausſetzung, daß Juſtinian durch dieſe Novelle ein neues Rechtsmittel eingeführt habe. Endlich

V) noch ein beſonderer Grund, aus welchem bey der Präterition der Geſchwiſter die Querel wegfällt, iſt gleiche Anrüchtigkeit des Klägers. Denn hier kann der

69) Man ſ. dieſes Commentars erſten Theil §. 93. S. 514.

70) Donellus Commentar. iur. civ. Lib. XIX. cap. 5. Lauterbach Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 28. Hunnius Variar. resolution. iuris. civ. lib. II. Tract. VII. Qu. 17. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 19. Böhmer introduct. in ius Dig. h. t. §. 14. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1707. et not. d. Malblank Princip. iur. Rom. Tom. III. §. 699. nr. II. Gambsjaeger Diss. de testam. in Sp. inofficioso P. IV. §. 5. und beſonders *Io. God.* Bauer Diss. de peculio quasi castrensi studiosorum. *Lipsiae* 1726. §. 33.

71) *L.* 8. §. 5. *D. h. t. Cap.* 1. *de testam. in* 6*to*. Siehe oben §. 543. im 6. Theil dieſes Commentars S. 572.

72) S. Schneidt Diss. de querela inofficiosi inter parentes et liberos exule §. 33. Book Lehre von der Enterbung §. 24. S. 75. folg.

der Präterirte nicht ſagen, daß ihm Unrecht geſchehen ſey[73]).

§. 561.

Die Querela inofficiosi testamenti iſt eine wahre hereditatis petitio.

Um ſich den Uebergang zur Lehre von der **hereditatis petitione** zu bahnen, bemerkt unſer Verfaſſer noch zum Beſchluß dieſes Titels, daß die Inofficioſitätsklage zu den Gattungen der Erbſchaftsklage zu zählen ſey, und was daher von dieſer überhaupt gelte, auch bey jener Statt finde. Nun ſind zwar hierin nicht alle Rechtsgelehrten einverſtanden, indem viele[74]) die Querel nur für ein vorbereitendes Rechtsmittel halten wollen, mit welchem bloß die Reſciſſion des pflichtwidrigen Teſtaments gefordert werden könne; die Herausgabe der Erbſchaft ſelbſt aber nächſtdem erſt noch durch die **hereditatis petitio** bewirkt werden müſſe. Allein daß die Querel des pflichtwidrigen Teſtaments eine wahre und zwar qualificirte Erbſchaftsklage ſey, iſt ſchon an einem andern Orte (S. **360.**) gezeigt worden[75]). Die Gründe der entgegen geſetzten Meinung hat auch

73) Donellus Commentar. iur. civ. Lib. VI. cap. 15. pag. 243. Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien IV. Band Medit. 219. und andere mehr, welche ich an einem andern Orte dieſes Commentars 5. Th. §. 384. Not. 2. S. 206. angeführt habe.

74) Man ſehe hier §. 552. S. 361. Not. 3. dieſes 7. Theils. Dieſen iſt noch beyzufügen Hunnius variar. resolution. iuris civ. lib. II. Tract. VII. Quaest. 18.

75) Man vergleiche auch *Ios.* Averanii Interpretat. iuris Lib. I. cap. 8. nr. 4. et 5.

auch ſchon Juſt. Henning Böhmer[76]) ſo ausführlich und gründlich widerlegt, daß man ſich billig wundern muß, wie dennoch auch unter den neuern Rechtsgelehrten jene Meinung noch ſo viele Anhänger hat finden können.

76) Diss. de querela inoff. testam. fratrum consanguineorum §. 9 — 12.

Lib.

Lib. V. Tit. III.

De hereditatis petitione.

§. 562.

Begriff und verſchiedene Arten der Erbſchaftsklage. Beweis des Todes. Succeſſion in das Vermögen eines Verſchollenen.

Die Rechtsmittel, welche wegen eines zuſtändigen Erbrechts gebraucht werden können, ſind von verſchiedener Art[77]). Es wird entweder das Erbrecht des Klägers in Streit gezogen, oder es wird von dem Beklagten anerkannt und daher bloß auf perſönliche Leiſtung geklagt, welche die Theilung einer gemeinſchaftlichen Erbſchaft betreffen. Im letzten Falle wird die *actio familiae erciscundae*, die Erbtheilungsklage, gebraucht. Davon lib. X. Tit. 2. ein Mehreres. In dem erſten Falle kann die Klage entweder eine petitoriſche oder eine poſſeſſoriſche ſeyn, je nachdem entweder auf das Erbrecht ſelbſt, oder bloß auf den Beſitz der Erbſchaft geklagt wird. Die petitoriſche Klage, wodurch man ſein Erbrecht, als ein dingliches

77) S. Ernſt. Chriſt. Weſtphals ſyſtemat. Commentar über die Geſetze von Vorlegung und Eröffnung der Teſtamente ꝛc. den Rechten und Pflichten des Erben, auch deſſen poſſeſſoriſchen und petitoriſchen Rechtsmitteln. Leipzig 1790. 5. Thl. S. 195. ff. *Barthol. Leonh.* Suendendoerfer Tr. theor. pract. de actionibus successoriis. *Lipsiae* et *Francof.* 1695. 1703. 1712. 4. und *Lud. God.* Madihn Princip. iur. Rom. de Successionibus. §. 256. seqq. pag. 334. seqq.

liches Recht, verfolgen kann, iſt die *hereditatis petitio*, oder die Erbſchaftsklage, oder Erbrechtsklage. Das poſſeſſoriſche Rechtsmittel hingegen, wodurch man, wenn man ſein Erbrecht nur einigermaßen beſcheiniget, den Beſitz der Erbſchaft ohne alle Weitläuftigkeit erhalten kann, iſt das *Interdictum quorum bonorum;* (Lib. XLII. Tit. 2.) und wenn es der Teſtamentserbe gebraucht, falls das Teſtament keinen ſichtbaren Fehler hat, *Remedium ex L. ult. Cod. de Edicto D. Hadriani tollendo.* (§. 1844).

Die petitoriſche Erbſchaftsklage oder *hereditatis petitio* iſt alſo diejenige dingliche Klage, welche unmittelbar aus dem Erbrechte entſpringt, und auf Anerkennung deſſelben wider einen ſolchen Beklagten angeſtellet wird, welcher die Erbſchaft pro herede oder pro possessore beſitzt, und zwar zu dem Ende, daß der Beklagte verurtheilt werde, die Erbſchaft nach der Beſchaffenheit des geklagten Erbrechts entweder ganz oder zum Theil dem Kläger mit allem, was dazu gehört (cum omni causa) herauszugeben.

Dieſe hereditatis petitio wird nun entweder zugleich auf die Aufhebung eines dem Kläger entgegenſtehenden Teſtaments gerichtet, oder ſie geht bloß auf Anerkennung des dem Kläger zuſtändigen Erbrechts. In jenem Falle nennt man ſie *qualificata*, eine ſolche iſt die Inofficioſitätsklage, von welcher in dem vorigen Titel gehandelt worden iſt; in dieſem hereditatis petitio *simplex*.

Gründet ſich der Kläger auf ein alleiniges Erbrecht, ſo heißt ſie *universalis* oder *totalis;* iſt er hingegen nur zum Theil Erbe, ſo wird ſie hereditatis petitio *partiaria*, oder *actio, si pars hereditatis petatur* genannt, von dieſer ad Tit. 4.

In

In Abſicht auf den Kläger heißt ſie bald *hereditatis petitio* ſchlechthin, wenn ſie von einem directen Civilerben angeſtellet wird, bald bekommt ſie den Beynamen *possessoria*, wenn ſie der prätoriſche Erbe anſtellt, (vid. Tit. 5.) bald *fideicommissaria*, wenn ſie von dem angeſtellet wird, dem die Erbſchaft als ein Fideicommiß iſt reſtituirt worden, von welcher ad **Tit. 6.** ein Mehreres vorkommen wird.

Eine Erbſchaftsklage ſey nun übrigens, von welcher Art ſie wolle, ſo iſt ſie nicht eher denkbar, als wenn derjenige tod iſt, deſſen Nachlaß von dem Kläger in Anſpruch genommen wird. Denn es iſt eine bekannte Rechtsregel: **hereditas vivendis non datur.** Da dieſes zum Grunde der Klage gehört, ſo muß der Kläger den Tod des Erblaſſers, inſofern er nicht notoriſch iſt, erweiſen. Dieſer Beweis kann entweder durch Zeugen geführt werden, welche von dem Tode des Erblaſſers gewiſſe Wiſſenſchaft haben [78]), und zwar wird dazu die eidliche Ausſage zweyer unverwerflicher Zeugen erfordert [79]); oder durch Atteſtate der Obrigkeit, oder des Pfarrers, in deſſen Parochie der Erblaſſer verſtorben iſt, oder ſonſt durch einen beglaubten Todtenſchein [80]). Ein bloßes Gerücht iſt nicht hinreichend, auch keine bloße Zeitungsnachricht [81]).

Im

78) Struv Syntagm. iur. civ. Exerc. X. §. 66. a. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCV.

79) Leyser c. l. medit. 11 — 14. Ein Zeuge iſt zum Beweis des Todes nicht hinreichend. Einer andern Meinung iſt zwar Müller ad Struvium cit. loc. not. α. Allein man ſehe Leyser cit. Specim. medit. 15. et 16. Zeugen, welche bloß de auditu deponiren, ſind unzuläßig. Mevius Part. V. Decis. 34.

80) Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1681.

81) Leyser cit. Specim. medit. 19.

Im Zweifel kann alſo nicht vermuthet werden, daß ein Menſch geſtorben ſey, ſondern man vermuthet vielmehr, daß er noch lebe, bis deſſelben Tod erwieſen iſt. Nur den Fall nimmt die Praxis aus, wenn Jemand abweſend iſt, von deſſen Leben und Aufenthalt man nichts weiter erfahren kann, aber erwieſen iſt, daß nun der Verſchollene das ſiebenzigſte Jahr vollendet hat. In dieſem Falle wird der Abweſende nach rechtlicher Vermuthung für tod gehalten. Nach der Analogie des römiſchen Rechts ſollte eigentlich ein Alter von hundert Jahren angenommen werden [82]), wie auch mehrere Rechtsgelehrten [83]) behaupten. Allein der Gerichtsgebrauch nimmt das gewöhnliche Ziel des menſchlichen Lebens zum Maasſtabe an [84]).

Wäre Jemand erſt ſeit ſeinem ſiebenzigſten Jahre abweſend, und er läßt nachher nichts weiter von ſich hören, ſo meint Hommel [85]), man müſſe wenigſtens in dieſem Falle das hundertſte Jahr abwarten, weil dieß für das höchſte Ziel des menſchlichen Alters gehalten wird [86]).

Allein

82) *L.* 56. *D. de Usufr. L. fin. C. de SS. Eccles.*

83) *Ant.* Faber Cod. definit. for. Lib. V. Tit. 40. def. 4. Voet Comm. ad Pand. Lib. XXXVIII. Tit. 17. §. 16. in fin.

84) Leyser Specim. XCVI. medit. 5. Böhmers auserleſene Rechtsfälle 3. Bandes 1. Abth. Resp. 176. nr. 19. Gmelins und Elſäſſers gemeinnützige juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle 4. Band. Nr. X. §. 121.

85) Diss. Septuagenarius absens, quando mortuus praesumatur. §. 10. 11.

86) *L.* 56. *D. de Usufr.* Sirach Kap. 18. v. 8.

Allein richtiger wird von andern[87]) nach der Analogie der *L. 68. D. ad Legem Falcid.* nur noch eine Lebensdauer von fünf Jahren angenommen, welches auch mit den gewöhnlichen Sterbeliſten beſſer übereinſtimmt[88]). Iſt Jemand erſt im achtzigſten Jahre verſchollen, ſo pflegt ihm nur noch die Hälfte mit zwey und ein halb Jahren beygelegt zu werden[89]). Weiß man nicht, wie alt der Verſchollene war, ſo muß bloß aus den Umſtänden, nämlich aus der Länge der Zeit, da er abweſend iſt, aus der Beſchaffenheit ſeiner körperlichen Geſundheit, aus den Umſtänden der Zeit, da er auswanderte, und des Orts, wohin er reiſen wollte, durch Muthmaßungen beſtimmt werden, ob er für todt zu halten ſey[90]). Dahingegen braucht man auch zuweilen nicht einmal abzuwarten, daß der Verſchollene erſt ſiebenzig Jahre alt ſey, wenn aus den beſondern in facto erwieſenen Umſtänden ſehr ſtarke Vermuthungen des Todes eintreten[91](.

Wenn

87) Koch Diss. Utrum absentium successio fiat ex nunc an ex tunc; eius Tract. *de Success. ab int. civ.* adject. Auct. II. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1682. not. e. Malblank hingegen in Princip. iur. Rom. P. II. h. t. §. 376. nimmt ein Alter von 80 Jahren an.

88) Man vergleiche hier *Frid. Aug.* Schmelzer Commentat. I. de probabilitate vitae eiusque usu for. *Goett.* 1787. 8. Sect. II.

89) S. Gmelin und Elſäſſers angef. juriſt. Beobachtungen 4. Band Nr. XI. §. 127. Not. p. S. 176. folg.

90) *Christ. Frid. Imm.* Schorch Meditat. in quibus praecipua capita doctrinae de cura bonorum absentis examinantur. *Lips. et Francof.* 1761. §. 8.

91) *Leyser* Specim. XCVI. medit. 6. Böhmers auserleſene Rechtsfälle 3. B. Resp. 176. Nr. 20.

Wenn nun die Frage entſteht, wer den Verſchollenen beerbt, ſo ſollte man kaum glauben, daß die Entſcheidung: nur der ſey des Abweſenden rechter Erbe, welchem jetzt, da derſelbe nach rechtlicher Vermuthung für todt erklärt worden, die Erbſchaft deferirt iſt, einigem Zweifel unterworfen ſeyn könne. Denn nach dem §. 6. *I. de legit. agnat. success.* ſoll die Nähe der Verwandtſchaft nach dem Zeitpunkt beurtheilt werden, **quo mortuus est is, cuius de hereditate quaeritur.** Da man nun bey einem Verſchollenen nicht weiß, wenn er geſtorben iſt, ſo muß nothwendig derjenige Zeitpunkt nach rechtlicher Vermuthung für die Zeit des Todes angenommen werden, da er für todt erklärt worden iſt, und alſo derjenige ihn beerben, der jetzt ſein nächſter Verwandte iſt. Denn eben darum nimmt man ja bey einem Verſchollenen ein Alter von 70 Jahren an, um einen feſten Zeitpunkt zu haben, nach welchem ſich die Inteſtaterbfolge deſſelben richten ſolle. Dieß behaupten auch die mehreſten Rechtsgelehrten[92]). Allein Hellfeld, und mit ihm viele Andere[93]) ſind dennoch anderer Mei-

92) S. Koch cit. Diss. pag. 227. sqq. Haubold ad *Bergeri* Oeconom. iuris Lib. I. Tit. IV. Th. 6. not. r. pag. 191. Hofacker c. l. §. 1682. not. f. Malblank Princip. iur. Rom. h. t. §. 376. a. E. Thibaut System des Pand. Rechts 1. Bd. §. 532. a. E. Müller Observ. pract. *ad Leyserum* T. I. Fasc. 2. Obs. 241. Claproth Einleitung in die ſämmtlichen ſummariſchen Prozeſſe. §. 224. Man ſehe auch meine Erörterung der Lehre von der Inteſtaterbfolge §. 2.

93) *Ant.* Faber Cod. definit. for. Lib. III. Tit. 25. def. 5. Schilter Prax. iur. Rom. Exercit. XV. Th. 71 — 77. Wernher Observat. for. Tom. III. P. III. Obs. 48. Pufendorf Observ. iur. Rom. Tom. IV. Obs. 84. §. 5. *Christ. Lud.* Crell in Diss.

Meinung, und glauben, daß man für die Zeit des Todes bey einem Verſchollenen denjenigen Zeitpunkt annehmen müſſe, da keine Nachricht mehr vom ihm eingelaufen iſt. Sie wollen daher die Erbſchaft deſſelben vielmehr demjenigen zuerkannt wiſſen, dem um dieſe Zeit die Adminiſtration ſeiner Güter als nächſtem Verwandten übertragen worden iſt. Denn dieſe Curatel ſey keine bloße Güterverwaltung, ſondern vielmehr eine anticipirte Beſitznehmung der Erbſchaft, eine bedingte Succeſſion. Daher ſtehe dieſe Curatel nur dem nächſten Verwandten zu, ohne Unterſchied, er ſey zur Verwaltung fähig oder nicht, und gehe auch auf deſſelben Inteſtaterben über. Wenn nun gleich der Abweſende erſt nach zurückgelegtem ſiebenzigſten Jahre für todt erklärt werden könne, ſo ſey doch dieß nicht ſo zu verſtehen, als ob er jetzt erſt geſtorben ſey, ſondern der Ablauf dieſes Termins gewähre nunmehr eine rechtliche Gewißheit deſſen, was bis dahin noch zweifelhaft war, nämlich daß der Verſchollene gleich Anfangs, als ihm ein Curator geſetzt wurde, mit Recht für todt gehalten worden ſey. Unſer Hellfeld nimmt noch ein Argument von der Fiction des Corneliſchen Geſetzes her, vermöge welcher bey römiſchen Bürgern, welche in feindliche Gefangenſchaft gerathen, und darin verſtorben waren, die Zeit des wirklich erfolgten Todes auf den Zeitpunkt zurückgerechnet wurde, da der Verſtorbene gefangen worden[94]). Allein die Schwäche

Diss. Quando curator absentis heredes aeque propinquos a successione excludat? *Vitembergae* 1737. *Jo. Frid.* Wahl Progr. Cui necessitas probandi in petitione hereditatis absentis incumbat? *Goett.* 1751.

94) *L.* 10. *D. de captivis.*

dieſer Gründe iſt ſchon von Herrn Kanzler Koch ſo einleuchtend gezeigt worden, daß eine weitere Widerlegung ganz überflüßig iſt. Genug, ſo lange der Abweſende noch nicht für todt erklärt werden kann, muß man nach rechtlicher Vermuthung annehmen, daß er noch lebe. Wie kann alſo hier eine Erbfolge nach rechtlichen Begriffen anticipirt werden, da die Geſetze [95]) ſo deutlich lehren, *hereditatem eius acquiri non posse*, *cuius vita dubia et incerta est?* Noch weniger läßt ſich hier von einer Fiction Gebrauch machen, die bloß zu Gunſten der Kriegsgefangenen war eingeführt worden, um deren Teſtamente bey Kräften zu erhalten, da hier von keiner Fiction ſondern bloß von einer Präſumtion die Rede iſt, auch hier die Zeit des wirklichen Todes ungewiß iſt, die bey der Fiction des Corneliſchen Geſetzes gewiß war.

§. 563.

Wer ſtellt die Erbſchaftsklage an? Beweis der Zuſtändigkeit des Erbrechts.

Wer die petitoriſche Erbſchaftsklage anſtellen will, muß Erbe des Verſtorbenen ſeyn, er mag nun ſein Erbrecht aus einem Teſtamente, oder aus einer unmittelbaren Verordnung der Geſetze, oder, welches heut zu Tage der Fall ſeyn kann, aus einem Erbvertrage herleiten, er mag Civil- oder Prätoriſcher-Erbe ſeyn [96]). Hat der Kläger ein doppeltes

95) *L.* 4. *C. de postlim. reversis.* Mit Recht verwerfen daher die anticipirte Succeſſion Hofacker Princip. iur. civ. T. I. §. 707. und Claproth in der Einleitung in die ſämmtlichen ſummariſchen Prozeſſe §. 222. not. c. S. 307.

96) *L.* 1. 2. 3. *D. h. t.*

peltes Erbrecht für ſich, ſo kann er, wenn er zuerſt aus dem Teſtamente klagte, aber wegen der Ungültigkeit deſſelben den Prozeß verlor, noch immer als Inteſtaterbe ſeine Rechte ausführen [97]). Es iſt übrigens gleichviel, ob das Erbrecht dem Kläger unmittelbar ſelbſt deferirt iſt, oder ob es einem andern zuſteht, von dem das Recht auf den Kläger übergieng. Denn auch der Erbe des Erben kann ſich der Erbſchaftsklage bedienen. Es muß nur der wahre Erbe, inſofern er kein **suus heres** iſt, ſich ſchon vor ſeinem Tode zur Erbſchaft wirklich erklärt haben [98]). Denn iſt er vor der Antretung geſtorben, ſo hat er ſein Erbrecht auf ſeine Erben nicht transmittirt, wenn nicht ein ſolcher Fall vorhanden iſt, da eine auch noch nicht angetretene Erbſchaft transmittirt wird [99]). **Utiliter**, d. i. der Billigkeit wegen, wird die Erbſchaftsklage auch dem geſtattet, welchem der wahre Erbe ſein Recht verkauft oder ſonſt abgetreten und übertragen hat, weil dieſer die Stelle des Erben vertritt [100]).

Wird

97) *L.* 8. *D. h. t.* **Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is, qui, cum ignorabat vires testamenti, iudicium defuncti secundus est.**

98) Paulus *Sentent. recept.* Lib. I. Tit. 13. B. §. 4. ſagt zwar **Petitio hereditatis, cuius defunctus litem non erat contestatus, ad heredem non transmittitur.** Allein die beſondere Erklärung des Erben, daß er die Klage anſtellen wolle, iſt nur bey der Inofficioſitätsklage erforderlich, *L.* 6. §. *ult. D. de inoff. testam.* Eine ſimple Erbſchaftsklage geht alſo auf die Erben über, wenn nur der Erbe die Erbſchaft noch bey ſeinem Leben angetreten hat, wie auch Cujaz über dieſe Stelle bey Schulting in *Jurisprud. Antej.* pag. 250. not. 8. bemerkt hat.

99) *L. un.* §. 5. *Cod. de caduc. tollend.*

100) *L.* 54. *D. h. t. L.* 2. §. 18. *D. de heredit. vel act. vend.*

Wird die Erbſchaft einem filiofamilias deferirt, ſo ſtellt der Vater die Erbſchaftsklage an, wenn der Hausſohn, in ſofern er die Jahre der Kindheit bereits überſchritten, die Erbſchaft auf Befehl des Vaters angetreten hat [1]). Es wird jedoch zur Anſtellung der Klage die Einwilligung des Sohns erfordert, wenn er gegenwärtig und nicht mehr unmündig iſt [2]). Hätte indeſſen der Hausſohn die ihm angefallene Erbſchaft ohne Zuſtimmung des Vaters angetreten, welches ihm nach dem neuern Rechte [3]) verſtattet iſt, wenn der Vater ſeine Einwilligung verweigert; ſo kann der Sohn nun ſelbſt die Erbſchaftsklage anſtellen, und der Vater darf ihm hierzu ſeine Einwilligung nicht verſagen, ſondern kann vielmehr im Verweigerungsfalle dazu vom Richter angehalten werden, *ne iudicium sine patris voluntate videatur consistere*, wie Juſtinian [4]) ſagt. Noch etwas beſonders iſt in dem Falle zu bemerken, wenn einem Wahnſinnigen, der kein suus heres iſt, eine Erbſchaft aus einem Teſtamente, oder nach dem Geſetze zufällt. Hier kann zwar weder der Curator deſſelben, noch der Vater, wenn der blödſinnige Hausſohn die Jahre der Kindheit ſchon überſchritten hat [5]), die Erbſchaft antreten [6]), ſondern ſie können bloß um

1) Denn nach der *L.* 18. *C. de iure delib.* kann der Vater Namens eines noch in der Kindheit ſtehenden Hausſohns die Erbſchaft ſelbſt antreten.

2) *L.* 8. §. 3. *Cod. de bonis quae lib. Aem. Lud.* Homberck zu Vach Diss. de diverso iure patris in peculio adventitio pro diversa liberorum aetate. §. 2. 3. 4. et 8.

3) *L.* 8. *pr. Cod. eod.*

4) *L.* 8. *in fin. princ. cit.*

5) *L.* 18. *pr. C. de iure delib.*

6) *L.* 90. *pr. D. de acquir. vel omitt. heredit.* *L.* 54. *D. de acquir. rer. dom.*

um eine interimiſtiſche **Bonorum possessio** für ihn nachſuchen [7]). Dadurch wird aber die Erbſchaft dem Wahnſinnigen nicht acquirirt, ſondern der Curator oder Vater erhält dadurch nur die Adminiſtration der Erbſchaft gegen Cautionsleiſtung, und kann auch, wenn der Curand ſelbſt kein hinlängliches Vermögen beſitzt die zum Unterhalt desſelben nöthigen Koſten aus der Erbſchaft beſtreiten [8]). Die Erbſchaft fällt aber, wenn der Curand im Wahnſinn ſtirbt, an die zurück, die ſie bekommen hätten, wenn der Blödſinnige nicht da geweſen wäre, es ſey der Subſtitut, oder Miterbe, oder der Inteſtaterbe des Erblaſſers, welcher nämlich jetzt zur Zeit des Todes des Wahnſinnigen der nächſte iſt, oder der auf den Wahnſinnigen, wenn dieſem **ab intestato** die Erbſchaft zugefallen war, jetzt folgende Inteſtaterbe deſſelben [9]). Es entſteht nun die Frage, ob der Curator in dieſem Falle die Erbſchaftsklage anſtellen könne, wenn die Erbſchaft ein Dritter beſitzt, der ſich ſolche anmaßt? Ich erinnere mich nicht, daß Jemand auf dieſe Frage gefallen wäre. Ich trage indeſſen kein Bedenken, dieſelbe zu bejahen. Denn wird gleich durch die **Bonorum possessio provisionalis**, um welche der Curator für den Blödſinnigen bitten kann, demſelben die Erbſchaft nicht unwiderruflich acquirirt, ſo iſt ſie doch in Rückſicht eines jeden Drit-

7) *L.* 7. §. 3. *C. de curatore furiosi.*

8) *L.* 51. *pr. D. h. t.*

9) *L.* 51. *cit. L.* 7. §. 8. *C. de curat. furiosi.* Vergleiche über dieſes Geſetz *Io. Christ.* Pesler Diss. de successione ad furiosum devoluta. *Traj. ad Viadr.* 1750. *Gust. Bernh.* Beckmann Diss. de acquisitione hereditatis dementi delatae. *Goettingae* 1772. und Kochs Bonorum possessio §. 7.

Dritten ſo gut, wie eine Erbantretung, anzuſehen. Denn ſo können die Legatarien ihre Legate von dem Curator fordern, obgleich freylich nur gegen Caution, daß ſie das Empfangene auf den Fall, daß der Blödſinnige nicht zu Verſtande kommt, wieder zurück geben wollen [10]). Ja, wenn der Blödſinnige mit einem Univerſalfideicommiß beſchwert iſt, ſo kann der Curator nach einem Dekret des Krs. Pius die Erbſchaft dem Fideicommiſſar mit der Wirkung reſtituiren, daß die Erbſchaftsklagen auf ihn übergehen [11]). Es iſt alſo wohl keinem Zweifel unterworfen, daß ſie auch dem Curator zuſtehen mußten [12]), und da jene **Bonorum possessio provisionalis** überhaupt zu Gunſten des Blödſinnigen iſt eingeführt worden, um ihm die Erbſchaft, und auf den Fall, da er ſeinen Verſtand wieder bekommen ſollte, die Freyheit zu erhalten, die Erbſchaft entweder ſelbſt noch antreten, oder ſolche ausſchlagen zu können, ſo iſt es dem Zweck dieſer **Bonorum possessio** vollkommen gemäß, daß der Curator auch die Erbſchaftsklage für den Blödſinnigen müſſe anſtellen können. Ein gleiches verordnen die Geſetze auch in andern Fällen einer erhaltenen **bonorum possessio decretalis**, z. B. bey der Carbonianiſchen [13]), ferner bey derjenigen, welche **ventris nomine** verfügt worden, wo auch der Curator die Erbſchaftsklagen anſtellen kann [14]).

Der

10) *L.* 48. §. 1. *D. de legat. II.* S. Weſtphal von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen 1. Theil §. 696.

11) *L.* 35. *D. ad SCtum Trebellian.* Weſtphal a. a. O. 2. Th. §. 1593.

12) *Jo. Christph.* Pesler Progr. de herede fiduciario furioso. *Francof. ad Viadr.* 1750. pag. 10. u. Beckmann cit. Diss. §. 35.

13) *L.* 5. §. 1. *D. de Carbon. edicto.*

14) *L.* 1. §. 21. *L.* 5. §. 1. *D. de ventre in possess. mittendo.*

Der Grund der Klage iſt nun Zuſtändigkeit des Erbrechts. Dieſer Grund muß alſo von dem Kläger erwieſen werden. Der Kläger gründet nun die Klage entweder auf ein Teſtament, oder auf einen Erbvertrag, oder auf ein geſetzliches Erbrecht.

I. Wenn der Kläger die Erbſchaftsklage auf ein Teſtament gründet, ſo iſt das Teſtament entweder ein öffentliches, oder ein Privatteſtament.

a) Bey öffentlichen Teſtamenten wird die Beybringung der obrigkeitlichen Beglaubigung erfordert, alſo eine beglaubte Kopie des gerichtlichen Teſtaments.

b) Bey Privatteſtamenten hingegen wird der Beweis des Grundes der Klage,

1) wenn das Teſtament ein ſchriftliches iſt, durch Production des Teſtaments geführt, und zwar muß die Richtigkeit der Unterſchrift der Zeugen und ihrer Siegel erwieſen werden. Dieß geſchieht entweder durch die eigene Recognition der Zeugen, oder wenn einige nicht mehr am Leben ſeyn ſollten, durch die Recognition der übrigen Zeugen, oder auch im Falle der Noth durch Schriftvergleichung [15]).

2) Wenn

15) *L.* 4. – 7. *D. Testam. quemadm. aperiant. L.* 20. *C. de fide instrum. Nov. LXXIII. cap.* 7. S. meine Diss. de testamenti privati solemnis probatione per septem testes in eo ordinando adhibitos instituenda. §. 7. in *Opusc. iurid.* Fascic. I. N. I. pag. 58. seqq. Ein Auszug von dieſer Diſſertation findet ſich in Müller Observat. pract. ad *Leyserum* T. III. Fasc. II. Obs. 627.

2) Wenn hingegen das Teſtament ein mündliches iſt, ſo iſt die Exiſtenz deſſelben, wofern keine beweisfähige Urkunde darüber vorhanden iſt, durch die Ausſage der ſämmtlichen Teſtamentszeugen darzuthun[16]). Denn daß die Teſtamentszeugen nicht bloß wegen der Feyerlichkeit der Handlung, ſondern vorzüglich auch des künftigen Beweiſes wegen erfordert werden, läßt ſich auf keine Weiſe bezweifeln[17]). Juſtinian[18]) ſagt ausdrücklich: *Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, maiorem numerum testium expostulat: ut per homines* PERFECTISSIMA VERITAS *reveletur.* Nun kann die Frage von dem Beweis des Teſtaments nicht eher entſtehen, als wenn derjenige todt iſt, den man beerben will. Denn ſo lange der Teſtirer lebt, iſt ein Streit, ob ein Teſtament exiſtire, gar nicht denkbar. Es würde alſo eine ganz zweckloſe Subtilität ſeyn, wenn bloß

16) Ich glaube dieſes in meiner angeführten Diſſertation §. 6. seqq. und beſonders §. 9. et 10. hinlänglich bewieſen zu haben. Schon vor mir hat dieſelbe Meinung auch *Christ. Ferd.* HARPPRECHT in Diss. de eo, quod iustum est circa probationem tabulis testamenti amissis *Tübingae* 1752. Sect. III. §. 14. ſehr gründlich bewieſen, von deſſen Schrift ich jedoch bey meiner Diſſertation aus Mangel derſelben keinen Gebrauch machen konnte. Ich habe ſie überhaupt nirgends angeführt gefunden. Unter den neuern ſind meiner Meinung beygetreten HOFACKER in Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1683. MALBLANK in Princip. iuris Rom. sec. ord. Digestor. Tom. II. §. 376. not. f. pag. 75. seqq. und THIBAUT im System des Pandectenrechts 2. Band. §. 740. S. 163.

17) S. meine Diss. §. 3.

18) L. 32. *Cod. de fideicomm.*

bloß zu der Zeit, da das Teſtament errichtet wird, die Zahl der Zeugen erforderlich wäre, da bey Lebzeiten des Teſtirers das Teſtament noch gar keinen Effect hat, ſondern zu aller Zeit widerrufen werden kann. Es iſt daher eine in die Augen leuchtende unrichtige Idee vieler Practiker[19]) wel=che

19) Stryck de cautelis testamentor. Cap. XV. §. 43. Berger Oeconom. iuris. Lib. II. Tit. 4. Th. 3. not. 5. Leyser Specim. CCCLV. medit. 4. a Pufendorf Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 141. von Quiſtorp Beyträge zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien Nr. XVI. Böhmer in iure Dig. lib. XXVIII. Tit. 1. §. 35. und Walch Introduct. in controv. iur. civ. pag. 305. Dieſer Meinung giebt auch Hellfeld ſeinen Beyfall, vid. §. 1413. und §. 1417. und Herr Regierungsrath Semler zu Magdeburg hat ſie in ſeiner Abhandlung über die Frage: In wiefern kann ein nach dem Tode des Erblaſſers nicht mehr vorhandenes Teſtament durch den noch möglichen Beweis ſeines weſentlichen Inhalts ſeine urſprünglich gehabte verbindliche Kraft behalten? in dem Archiv für die theoretiſche und practiſche Rechtsgelehrſamkeit, herausgegeben von Theod. Hagemann und Chriſt Aug. Günther 2. Thl. Nr. V. §. 3. S. 88. ff. aufs neue in Schutz genommen, nachdem ich ſie hinlänglich widerlegt zu haben glaubte. Allein ſeine Gründe ſind keine andere, als welche von mir ſchon ſämmtlich widerlegt worden ſind. Man vergleiche meine Diſſertation ſelbſt §. 10. Nur die Erklärung, welche von den Worten der *L. 32. C. de fideicomm.* die oben in dem Text von mir angeführt worden ſind, gemacht wird, möchte allenfalls neu ſcheinen, denn ich erinnere mich nicht, ſie bey irgend einem Rechtsgelehrten gefunden zu haben, nämlich: „daß die Geſetze nur hauptſächlich aus Beſorgniß, daß zwey Perſonen eher und leichter, als 7. vor dem Teſtirer mit Tode abgehen möchten, (ne quid *falsitatis* incurrat per duos forte testes compositum testa-

che behaupten, daß nur zur Feyerlichkeit der Errichtung eines Teſtaments ſieben Zeugen nöthig wären, der Beweis der Exiſtenz deſſelben aber durch zwey Zeugen geführt werden könne. Wie wird hier die gute Abſicht des Geſetzgebers erreicht, welcher, um alle Colluſſion und Betrügerey zu verhüten, die bey Teſtamenten nur gar zu leicht möglich ſeyn würde, wenn ein Beweis durch zwey Zeugen hinreichend wäre, mehr als die ſonſt gewöhnliche Zahl der Beweiszeugen erfordert? Die ganze Glaubwürdigkeit eines mündlichen Teſtaments hängt alſo von der eidlichen Ausſage der ſieben Teſtamentszeugen ab, ſo wie ein ſchriftliches Teſtament von der Aechtheit der Unterſchriften und Siegel der Zeugen, vor welchen es errichtet worden iſt, abhängt, und dadurch bewieſen wird. Hat nun aber auch nur ein einziger Zeuge das Teſtament nicht unterſchrieben, und unterſiegelt, ſo gilt das Teſtament nicht. Nach dieſer Analogie kann alſo auch ein nuncupatives Teſtament keine Gültigkeit haben, wenn auch nur ein einziger Zeuge fehlt. Denn die Unterſchriften der Zeugen ſind nichts anders, als ſchriftliche Depoſitionen, wie ſie auch in den Geſetzen[20]) ausdrücklich genennt werden. Da nun bey einem nuncupativen

stamentum) ſämmtliche ſieben Zeugen mit einer gleichmäßigen anſchauenden, zur Verbreitung der Wahrheit nach dem Tode des Teſtirers dienſamen Wiſſenſchaft und Kenntniß von dem, was bey der erſten Einrichtung des Teſtaments geſchehen, um deshalb ausgerüſtet wiſſen wollen, damit es für die Zukunft auf den möglichen Fall des Abſterbens eines oder des andern aus ihnen an zwey Perſonen nicht ganz fehlen möge, welche das Daſeyn und den Inhalt des zu beweiſenden und mündlichen Teſtaments gleich vollkommen bekunden könnten!"

20) *L. ult. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo.*

ven Teſtamente die Zeugen nicht eben ſo, wie bey einem ſchriftlichen, ſchon bey der Errichtung deſſelben, ein Zeugniß durch die Unterſchrift ablegen, ſo werden folglich **ex natura correlatorum** ſämmtliche Teſtamentszeugen zum vollſtändigen Beweis vorzüglich zu der Zeit erforderlich ſeyn, da nach dem Tode des Teſtirers über das Daſeyn und den Inhalt des mündlichen Teſtaments geſtritten wird [21]). Dieß bringt die Pünktlichkeit mit ſich, welche der Geſetzgeber hier zur nothwendigen Bedingung macht, um allen Betrug bey Teſtamenten zu verhindern. **Cum enim res**, ſagt das Geſetz [22]), ***per testium solennitatem* ostenditur: tunc et *numerus testium* et *nimia snbtilitas* requirenda est.** Aus dieſen Gründen glaube ich nun auch behaupten zu können, daß der Beweis gerade durch eben die Zeugen, die zur Teſtamentshandlung erbeten waren, geführt werden müſſe, andere hingegen, die etwa zufällig der Handlung beywohnten, nicht hinreichend ſind [23]). Denn andere Zeugen ſind bey Teſtamenten gar nicht gültig, als ſolche, die bey der Errichtung des Teſtaments zum Zeugniß beſonders waren aufgefordert worden [24]). Alſo beruhet auch nur auf

21) *L. ult. Cod. de testamentis*, wo die Worte beſonders merkwürdig ſind: Sic tamen, ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem: et maxime quem, et quos heredes sibi relinquere voluerit; *et hoc* POST MORTEM TESTATORIS *iurato deponant.*

22) *L.* 32. *C. de fideicomm.*

23) S. HARPPRECHT Diss. cit. Sect. III. §. 14. pag. 354. Anderer Meinung iſt THIBAUT im System des Pandectenrechts 2. B. §. 470. S. 163.

24) *L.* 21. §. 2. *D. Qui testam. fac. poss.* Kölner Reichs Abſch. vom J. 1512. Tit. von Teſtamenten. Mit Recht ſagt daher

auf der eidlichen Ausſage dieſer Zeugen allein die ganze Kraft und Gültigkeit eines mündlichen Teſtaments [25]). Es erhellet zugleich hieraus, daß nach dem Geiſte der angeführten Geſetze die Eideszuſchiebung für kein zuläſſiges Beweismittel zu halten ſey, um das in Streit gezogene Daſeyn eines mündlichen Teſtaments hierdurch außer Zweifel zu ſetzen [26]); theils weil das hier eintretende beſondere Intereſſe den Schwörenden zur Begehung eines Meineides anreitzt [27]); theils weil auf ſolche Art dem Gegner zugemuthet würde, über ein fremdes Factum zu ſchwören, welches die Geſetze ſelbſt für unbillig und rechtswidrig erklären [28]); theils endlich weil durch den Eid mittelbar jedes mündliche Teſtament, ſeinem Daſeyn und Inhalte nach, dem Gutdünken einer ſolchen Perſon, die in Anſehung der Teſtaments-

daher *Io.* Sichard in Praelect. in Cod. T. II. ad L. 21. C. de testam. n. 5. pag. 349. *Quod si testes producerentur ad probandum testamentum, nisi etiam in testificatione dicerent, se esse rogatos in testes, ut si forte tantummodo dicerent: Ego vidi vel audivi illam voluntatem fuisse Titii, certe ille testis nihil probaret, quia non constat de solennitate rogationis.*

25) Mit mir ſtimmt hierin auch Herr Prof. Dabelow im Handbuche des heutigen gemeinen Römiſch-Deutſchen Privatrechts 1. Th. §. 1061. überein.

26) Man ſ. Harpprecht in Diss. cit. Sect. II. §. 10. und Semler in der angef. Abh. §. 3. im Archiv für die theor. und pract. Rechtsgelehrſamkeit. 2. Th. S. 87.

27) Malblank in doctr. de iureiurando §. 44. ſagt ſehr richtig: *omnia periuria, quae praevidentur, evitanda, neque, si ipse deferens contentus sit, permittenda esse.*

28) *L.* 11. §. 2. *D. de act. rer. amotar. L.* 42. *D. de Reg. iur.* Malblank cit. loc. pag 134.

mentshandlung für eine extranea im weſentlichen Verſtande zu halten iſt, wider die Vorſchrift der Geſetze überlaſſen wird [29]). Wäre das Teſtament ein ſchriftliches, ſolches aber von dem Beklagten, und jetzigen Beſitzer der Erbſchaft vorſätzlich bey Seite geſchafft und unterſchlagen worden, ſo würde der Kläger weiter nichts, als dieſen Dolus des Beklagten zu erweiſen haben[30]); und ich halte in dieſem Falle nicht einmal den Erfüllungseid zur Beſtärkung des vorgeblichen Inhalts des unterſchlagenen Teſtaments für nothwendig[31]), wenn gleich Hellfeld [32]) anderer Meinung iſt.

Wird dem Teſtament die Einrede der Ungültigkeit entgegengeſetzt, ſo muß dieſe zuvörderſt erörtert werden, ehe die Erbſchaft dem Kläger nach dem Teſtament zuerkannt werden kann. Der Beklagte muß jedoch in dieſem Falle Caution wegen der innhabenden Erbſchaft zur Sicherheit des Klägers leiſten[33]). Wem iſt aber hier der Beweis aufzulegen?

29) *L.* 32. *et* 68. *D. de hered. instit.*

30) *L.* 11. *Cod. de testam. L.* 20. *Cod. de probat. L.* 22. *in fin. Cod. de fide instrum.* S. Gönners Handbuch des deutſchen gemeinen Prozeſſes 2. Bd. Nr. XLVII. §. 4. S. 491. folg. und Semler in der angef. Abh. §. 1. S. 80. f.

31) S. Leyser Medit. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXXXII. medit. 6. und Danz Grundſätze des ordentlichen Prozeſſes §. 321. not. d. S. 481. der Gönnerſchen Ausgabe.

32) Tom. II. §. 1170. a. E. Dieſer Meinung iſt auch Thibaut im System des Pandectenrechts 3. B. §. 1182.

33) *L.* 5. §. 1. *D. h. t.* D. *Hadrianus* Trebio Sergiano rescripsit, ut Aelius Asiaticus daret satis de hereditate, quae ab eo petitur: et sic falsum dicat. Hoc ideo, *quia sustinetur hereditatis petitionis iudicium, donec falsi causa agatur.* Was hier von der

legen? natürlich auch dem Kläger, weil es ja zur Begründung der Klage gehört, daß das Teſtament auf eine rechtsgültige Art errichtet worden ſey[34]). Der Kläger kann daher den Beweis der Exception hier von dem Beklagten nicht verlangen. Denn wenn der Beklagte das, was zur Begründung der Klage gehört, nicht ganz einräumt, ſo muß es immer von dem Kläger völlig durch Beweis außer Zweifel geſetzt werden[35]).

II. Wenn ſich der Kläger auf einen Erbvertrag gründet, ſo muß er die Exiſtenz dieſes Vertrages beweiſen; hingegen wenn er

III. die Erbſchaft als geſetzlicher Erbe in Anſpruch nimmt, ſo braucht er nicht darzuthun, daß der Erblaſſer ohne eine Diſpoſition über ſein Vermögen zu hinterlaſſen, verſtorben ſey, wenn er dieſen Umſtand auch in der Klage angeführt hätte, ſondern dem Beklagten liegt der Beweis ob, wenn dieſer einwendet, daß ein Teſtament vorhanden ſey[36]). Der Kläger braucht alſo nur ſein Verwandtſchaftsrecht zu beweiſen, worauf er die Klage gegründet hat. Nun iſt der Beſitzer der Erbſchaft entweder ein Fremder, oder auch ein Verwandter des Erblaſſers. Im erſten Fall iſt der bloße Beweis der Verwandtſchaft des Klägers mit dem

der Einwendung gegen die Aechtheit des Teſtaments geſagt wird, findet in jedem andern Falle Statt, da dem Kläger die Einrede der Nichtigkeit des Teſtaments entgegen geſetzt wird. S. Weſtphals oben angeführten Commentar §. 355.

34) S. Harpprecht Diſſertat. cit. Sect. II. §. 7.

35) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß S. 327. f.

36) Voet ad Pand. h. t. §. 4.

dem Erblaſſer hinreichend; in dem andern Falle hingegen reicht der Beweis des Grades der Verwandtſchaft noch nicht hin, um den Beklagten zu vertreiben, ſondern der Kläger muß darthun, daß er nähere Anſprüche habe, alſo ein näherer Verwandter, als der Beklagte, ſey. Denn hierin beruhet offenbar der Grund der Klage, ohne deſſen Beweis ſein Recht vom Richter nicht anerkannt werden kann [37]). Zum Beweis muß alſo hier ein glaubwürdiges Geſchlechtsregiſter beygebracht werden, denn ein bloßes allgemein abgefaßtes Atteſtat der Obrigkeit iſt, wie Hellfeld ganz richtig behauptet, hierzu nicht hinreichend. Die Meinung einiger Rechtsgelehrten [38]), daß wegen der Schwierigkeit genealogiſcher Beweiſe auch ſchon leichte Vermuthungen und Indicien gelten müßten, um den Kläger zum Erfüllungs-

37) Hierin ſtimmen auch die meiſten Rechtsgelehrten überein. Man ſ. Wernher Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 448. Voet ad Pand. h. t. §. 6. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1684. Malblank Princip. iuris Rom. Tom. II. §. 376. Thibaut System des Pandectenr. 2. B. §. 740. a. E. Anderer Meinung iſt jedoch Leyser in Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCVIII. med. 9. Er glaubt, in beyden Fällen brauche nur der Grad der Verwandtſchaft bewieſen zu werden. Die Proximität des Klägers werde ſo lange vermuthet, als der Beklagte nicht erwieſen, daß er in gleichem oder näherem Grade verwandt ſey. Allein der Grund, den Leyſer anführt, daß dem Kläger der Beweis einer Verneinung aufgebürdet werden würde, weil er darthun müßte, daß der Beklagte kein näherer Verwandter ſey, wird Niemanden überzeugen.

38) Leyser cit. Specim. medit. 1 — 4.

lungseide zu laſſen, läßt ſich hier, wo von einer Erbſchaft die Rede iſt, nicht wohl behaupten [39]).

Beweißt nun der Kläger ſein Erbrecht nicht, ſo iſt nach der Regel: **actore non probante, reus absolvitur**, für den Beklagten, ſeines offenbaren Nichtanſpruches an die Erbſchaft ungeachtet, um deswillen zu ſprechen, weil bey gleichem Verhältniſſe für den Beſitzer erkannt werden muß [40]).

§. 564.

Natur der Erbſchaftsklage. In wiefern iſt ſie als eine gemiſchte Klage zu betrachten?

Um nun die Natur der Erbrechtsklage näher kennen zu lernen, iſt Folgendes zu bemerken.

1) Sie hat eine Erbſchaft, als eine ſolche, d. i. als **universitas iuris** betrachtet, zum Gegenſtande; und iſt alſo dem Gegenſtande nach eine Univerſalklage. Es kommt nichts darauf an, was der Beklagte von der Erbſchaft beſitzt, er mag ſie ganz, oder zum Theil, oder nur eine einzelne Sache, welche dazu gehört, beſitzen, wenn ſie nur der Kläger als Erbe fordert, und der Beklagte ihm dieſe Sache in jener Eigenſchaft ſtreitig macht [41]). Mit Recht ſagt daher

39) Pütters auserleſene Rechtsfälle 2. Bandes 3. Th. Resp. 221. n. 10. ff. de Cramer Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 837.

40) *L.* 2. *Cod. de probat.* Paulus *Recept. Sententiar.* Lib. I. Tit. 13. B. §. 6. S. die Berichtigungen und Zuſätze zu den Inſtitutionen des röm. Rechts von Hübner S. 132.

41) *L.* 4. *D. h. t.* *L.* 9. *et* 10. *et* L. 16. §. 5. *D. eodem.*

her Ulpian[42]): Qui hereditatem vel partem hereditatis petit, is non ex eo metitur, *quod possessor occupavit*, sed, *ex suo iure;* et ideo, sive ex asse heres sit, totam hereditatem vindicabit, *licet tu unam rem possideas*; sive ex parte, partem licet tu totam hereditatem possideas. Denn es wird hier bloß über das Erbrecht des Klägers geſtritten[43]), nicht auch, wie Hommel[44]) irrig glaubt, über des Beklagten Erbrecht, wenn nicht dieſer gerade behauptet, daß er Erbe ſey. Nur in dieſem Falle läßt ſich's rechtfertigen, wenn Hommel ſagt: *Hereditatis petitio* ſey contentio duorum, quis proprior verioque heres sit. Die Klage findet daher ohne Zweifel auch gegen einen ſolchen Beſitzer Statt, welcher die Erbſchaft, oder einen Theil derſelben, oder eine Sache daraus, als bloßer Beſitzer, ohne allen Rechtsgrund, inne hat, inſofern er des Klägers Erbrecht in Streit zieht, wie der folgende Paragraph lehren wird.

2) Die hereditatis petitio iſt eine Realklage, denn ſie entſpringt aus dem Erbrechte, welches ein dingliches Recht iſt. Man kann aber mit ihr, und pflegt mit ihr das Geſuch auf gewiſſe perſönliche Leiſtungen zu verbinden. Ulpian[45]) ſagt daher: Petitio hereditatis, etsi *in rem*

 actio

42) *L.* 1. §. 1. *D. Si pars heredit. petat.*

43) Cujacius in Comm. ad Pand. ad L. 4. et ad L. 9. et 10. D. h. t.

44) Epist. de mirabili Ulpiani impostura. *Lips.* 1759. §. 1. Eben dieſes behauptete auch ſchon *Balth.* Branchu in Observation. ad ius Rom. Dec. I. cap. 6. pag. 51. seqq. Man ſehe aber dagegen die angef. Berichtigungen S. 131. folg.

45) *L.* 25. §. 18. *D. h. t.*

actio sit, habet tamen *praestationes quasdam personales*: utputa eorum, quae a debitoribus sunt; item pretiorum. Der Kläger kann alſo verlangen, daß der Beſitzer Rechnung ablege, den Werth der verkauften Erbſchaftsſachen erſetze, und auch die verurſachten Schäden vergüte. Dieſe perſönlichen Leiſtungen haben eine Verbindlichkeit zum Grunde, die dem iuri in personam entſpricht. In dieſer Hinſicht wird die Erbſchaftsklage zu den gemiſchten Klagen gezählt[46]) wie aus dem Reſcript der Kaiſer Diocletian und Maximian[47]) erhellet, wo es heißt: Hereditatis petitionem, quae adversus pro herede, vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri, nemini incognitum est: cum *mixtae personalis actionis* ratio hoc respondere compellat. Jedoch erklären die neuern Rechtsgelehrten[48]) dieſes ſo, daß wenn bey der Erbſchaftsklage auch perſönliche Leiſtungen mit in Streit gezogen worden, die hereditatis petitio in einem ſolchen Fall mit einer perſönlichen Klage verbunden werde, ſo daß nun nicht mehr eine einzige, ſondern eine doppelte Klage für erhoben zu achten ſey.

3) Die

46) Man ſehe hier vorzüglich *Franc. de* Amaya Observation. iuris civ. (*Genevae* 1633. 4.) Lib. III. cap. 2. nr. 8. seqq. pag. 342. seqq. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 1. Noodt Comm. ad Dig. h. t. pag. 178. seqq. et *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Quaest. 2.

47) *L.* 7. *Cod. h. t.*

48) S. die Berichtigungen und Zuſätze zu Höpfners Commentar über die Inſtitutionen von Hübner S. 122 — 124.

3) Die hereditatis petitio iſt ihrer Dauer nach eine actio perpetua, die erſt nach dreyßig Jahren erlöſcht[49]). Endlich

4) gehört auch die Erbſchaftsklage zu den actionibus bonae fidei[50]). Vor Juſtinian war zwar die Sache nicht außer Zweifel, wie daraus erhellet, weil an einigen Orten der Pandecten geſagt wird, daß der hereditatis petitioni die exceptio doli entgegen geſetzt werden müſſe[51]), welches ein Merkmal einer actionis stricti iuris war; an andern aber dieſe exceptio nicht für nöthig geachtet wird[52]). Juſtinian hat die Sache entſchieden[53]); daher werden ſogar dem malae fidei possessori die nothwendigen und nützlichen Unkoſten officio iudicis vergütet, wenn gleich die exceptio doli nicht war vorgeſchützt worden[54]).

§. 565.

Gegen wen hat die H. P. ſtatt? Wer iſt possessor *pro possessore*? Wer iſt pro ficto possessore zu erhalten?

Die Erbſchaftsklage kann gegen jeden angeſtellt werden, welcher die in Anſpruch genommene Erbſchaft, oder auch

49) *L.* 7. *C. h. t.* Branchu Observation. ad ius Rom. Decad. II. Cap. 20. pag. 281. glaubt jedoch, die hereditatis petitio ſey nur in ſo fern perpetua, quatenus est *in personam*. Allein die L. 7. *C.* ſagt dieſes nicht.

50) *L.* 12. §. 3. *Cod. h. t.*

51) L. 39. §. 1. *D. h. t.* L. *ult. D. eodem.*

52) L. 38. *D. h. t.*

53) S. *Ant.* Fabri Conjectur. iur. civ. Lib. XIV. cap. 18. und Weſtphal oben angef. Commentar 5. Th. §. 363.

54) L. 38. *D. h. t.*

auch nur Etwas davon, oder ein für dieſelbe angeſchafftes Surrogat beſitzt, inſofern er des Klägers Erbrecht in Zweifel ziehet. Sie findet daher, als Univerſalklage, auch noch gegen den Statt, welcher die erbſchaftlichen Sachen veräußert hat, aber den Werth dafür beſitzt[55]). **Nam pretium succedit in locem rei.** Ja wenn auch der Veräußerer den Werth ſelbſt noch nicht erhalten hat, ſo kann doch gegen ihn geklagt werden, eben ſo gut, als ob er ihn ſchon erhalten hätte, weil er ihn noch immer beytreiben kann, oder doch dem Kläger auf ſein Verlangen **iura cessa** geben muß[56]). Als ein für die Erbſchaft gelößter Werth iſt auch die Aeſtimation anzuſehen, welche ein anmaßlicher Erbe von demjenigen, den er der Erbſchaft wegen in Anſpruch genommen hatte, etwa wegen einer von demſelben begangenen Gefährde, oder wegen deſſen Ungehorſams für die Erbſchaft erhalten hat[57]). Auch wenn ein Schuldner, der die Erbſchaft nicht zahlen will, weil er Erbe zu ſeyn behauptet, und dem Kläger dieſe Eigenſchaft abſpricht, ſo iſt die Erbſchaftsklage gegen ihn begründet[58]), ſo wie nicht minder

55) *L.* 16. §. 1. *D. h. t.*

56) *L.* 16. §. 5. *D. eod.*

57) *L.* 16. §. 2. *D. h. t.* Julianus *libro* 6. *Digestorum* ait: ab eo, qui petit hereditatem, et *litis aestimationem* consecutus est, hereditatem peti posse. S. Weſtphal §. 415.

58) *L.* 13. §. 15. *D. h. t. L.* 14. *L.* 15. *L.* 16. §. 3. *D. h. t.* Behauptet der Schuldner nicht, daß er Erbe ſey, ſondern er zieht bloß das Erbrecht des Klägers in Zweifel, ſo findet gegen ihn die Erbſchaftsklage nicht Statt, ſondern der Erbe ſtellt gegen ihn die Schuldklage an, und legitimirt ſich dabey ad causam. *L.* 42. *D. h. t.* S. Huber in Pandect. ad Pand h. t. §. 3. et in Eunomia Rom. ad h. L. pag. 286. und Weſtphal §. 393.

der wider denjenigen, welcher Activforderungen der Erbſchaft als anmaßlicher Erbe beygetrieben hat[59]). Sie findet hingegen wider denjenigen nicht Statt, welcher die Erbſchaft, oder Sachen, welche dazu gehören, auf eines andern Namen beſitzt, weil dieſer das Erbrecht des Klägers nicht in Streit zieht[60]). Der Beklagte kann ſich hier mit der **exceptione laudationis auctoris** ſchützen, und bitten, daß der Kläger mit ſeinem Anſpruche an ſeinen Prinzipal verwieſen werde[61]). Iſt jedoch dieſer Prinzipal abweſend, ſo kann dem Beſitzer wenigſtens die Klage zu dem Ende zugefertiget werden, daß er dem Abweſenden davon Nachricht gebe, und von demſelben eine Vollmacht zur Betreibung der Sache auswirke. Meldet ſich der Abweſende nicht, ſo muß ſich dennoch der Beſitzer auf die Klage einlaſſen[62]). Die Erbſchaftsklage hat aber wider denjenigen auf keine Weiſe Statt, welcher zwar eine zur Erbſchaft gehörige Sache beſitzt, allein läugnet, daß ſie zur Erbſchaft gehöre, ohne jedoch dem Kläger ſein Erbrecht ſtreitig zu machen. Er behauptet, er habe die Sache gekauft, oder

durch

59) L. 16. §. 1. *D. h. t.* Qui a debitore hereditario exegit, petitione hereditatis tenetur.

60) L. 13. §. 12. *D. h. t.* Si quis absentis nomine possideat hereditatem, cum sit incertum, an ille ratum habeat, puto, absentis nomine petendam hereditatem, ipsius vero nequaquam; *quia non videtur pro herede vel pro possessore possidere, qui contemplatione alterius possidet.* Nisi forte quis dixerit, cum ratum non habet, iam procuratorem quasi praedonem esse. Tunc enim *suo nomine* teteri potest.

61) S. Gönners Handbuch des deutſchen gemeinen Prozeßes 1. Band Nr. XVI.

62) Weſtphal im angef. Commentar §. 392.

durch einen andern ſingulären Rechtstitel erworben [63]). Gegen einen ſolchen Beſitzer würde die Erbſchaftsklage ganz vergeblich angebracht werden, weil hier der Beklagte mit dem Rechte des Klägers in keinen Widerſpruch geräth. Kläger kann immerhin Erbe ſeyn, und doch kann auch der Erblaſſer Sachen und Güter bey ſeinem Leben verkauft oder verſchenkt haben, und der Beklagte alſo dieſelben **titulo singulari** rechtmäßig beſitzen. Geſetzt nun, der Kläger habe ſein Erbrecht auch noch ſo gut ausgeführt, was hilft es ihn, da der Beklagte ihm ſolches nicht ſtreitig macht, und doch dadurch der Grund, den der Beklagte für ſich anführt, nicht umgeſtoßen wird. Hier muß alſo ſtatt der Erbſchaftsklage ein **iudicium singulare**, nämlich die **Rei vindicatio**, gebraucht werden [64]). Der Kläger müßte alſo zuvörderſt das Eigenthum des Erblaſſers, ſodann aber noch inſonderheit den Umſtand beweiſen, daß er dieſes Eigenthümers Erbe geworden ſey [65]). Doch kann auch zuweilen eine bloß perſönliche Klage Statt finden, z. B. die Sache, welche der Dritte beſitzt, hat ihm des Klägers Erblaſſer geliehen. Hier ſtellt der Erbe eben diejenige Klage an, die der Verſtorbene in dieſem Falle ſelbſt hätte anſtellen müſſen, und legitimirt ſich zugleich als Erbe **ad causam** [66]).

Weil es alſo zur Begründung der Erbſchaftsklage oft darauf ankommt, daß man wiſſe, aus welchem Grunde ſich der

63) S. *Gebh. Christ.* Bastineller Diss. de lite heredis cum possessore singulari. *Vitembergae* 1727.

64) *L.* 7. *C. h. t. L.* 4. *C. in quib. caus. cesset longi temp. praescript. Arn.* Vinnius Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 23.

65) Weſtphal in dem oben angef. Commentar. §. 380.

66) S. Bastineller cit. Diss. §. 10.

der Beſitzer eine zur Erbſchaft gehörige Sache anmaße, ſo kann der Beklagte angehalten werden, daß er auf Befragen ausſage, ob er ſich die inne habende Sache als Erbe, oder als Beſitzer, oder aus einem eignen Rechtstitel anmaße. Antwortet der Beſitzer, daß er die Sache, woran der Kläger einen Anſpruch macht, weder ſich als Erbe anmaße, noch **pro possessore** beſitze, ſo iſt nun des Klägers Abſicht erreicht. Nun weiß er, daß die **hereditatis petitio** gegen dieſen Beſitzer nicht gegründet ſey, und mehr braucht er nicht zu wiſſen. Denn daß der Beſitzer bey der Erbſchaftsklage durch eine **interrogatio in iure** genöthiget werden könne, gegen die Regel des gemeinen Rechts, den Rechtsgrund ſeines Beſitzes anzugeben, läßt ſich mit der Gloſſe aus der Verordnung der Kaiſer Arcadius und Honorius[67]) keinesweges beweiſen. Es heißt nämlich darin: **Cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis dicere, incivile est, praeter eum scilicet,** ***qui diceri cogitur, utrum pro poſseſsore an pro herede poſsideat.*** Hofacker[68]) glaubt zwar, der Sinn dieſes Geſetzes gehe nur dahin, daß der Beſitzer bey der Erbſchaftsklage ſagen müſſe, wenn er die Sache **titulo singulari et proprio** beſitzt, daß er weder **pro herede** noch **pro possessore** beſitze, weil er ſonſt, wenn er ſich auf die Klage einläßt, ſtillſchweigend einräumt, daß er entweder auf die eine oder andere Art beſitze. Allein geſetzt, der Beklagte excipirt, die Klage finde nicht Statt, er beſitze die Sache weder **pro herede** noch **pro possessore**, ſo iſt doch nun die Klage vergeblich angeſtellt, und der Kläger hat vergebliche Koſten gehabt.

67) *L.* 11. *C. h. t.*

68) Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1672. not. a.

habt. Dieß ſoll aber durch die **interrogatio in iure** verhütet werden. Daß der Erbe, von dem Beſitzer einer zur Erbſchaft gehörigen Sache verlangen könne, daß er ſage, ob er die Sache **pro herede** oder **pro possessore** oder aus einem eigenen Rechtstitel beſitze, beſtärken auch die **Basilica**[69]), in welchen die Stelle nach Fabrot's Ueberſetzung ſo lautet: **Nemo iure expetit ab aliquo, ut titulum suae possessionis dicat. Solus autem petitor hereditatis iure desiderat, ut possessor dicat, utrum pro herede, an pro possessore, vel quo alio titulo hereditatem possideat.**

Unſere Practiker[70]) laſſen jedoch in dieſem Falle, ſtatt den Beklagten zu befragen, aus welchem Grunde er beſitze, eine alternative Cumulation der Erbſchaftsklage mit der Reivindication zu. Ja Leyſer[71]) behauptet ſogar, wenn auch die **hereditatis petitio** namentlich wider einen **possessorem singularem** wäre angeſtellt worden, ſo könne doch der Richter der Billigkeit wegen eine ſolche Klagſchrift bey Kräften erhalten, und eben ſo erkennen, als wenn die **rei vindicatio** wäre angeſtellt worden.

Es

69) Tom. V. Lib. XLII. Tit. I. pag. 568. *Ούδεὶς μὲν καλῶς ἀπαιτᾶι τίνα λέγειν ποθεν νέμεται. ὁ δὲ τὴν τῶν κληρονομιαίων ἐκδίκησιν κινῶν, μόνος καλῶς απαιτεῖ τὸν νεμόμενον εἰπεῖν, ἔι ὡς νομίξων ἑαυτὸν κληρονὸμον, ἢ ὡς ἅρπαξ, ἤ μή τι ἐξἄλλον τίτλου διακατέχει τὴν κληρονομίαν.*

70) de Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. not. Boehmer doctr. de action. Sect. III. §. 2. Danz Grundſätze des ordentlichen Prozeſſes §. 84. Not. a.

71) Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCIV. medit. 2.

Es giebt indeſſen Fälle, wo derjenige, welcher titulo singulari Erbſchaftsgüter an ſich gebracht hat, doch mit der Erbſchaftsklage in Anſpruch genommen werden kann. Hierher gehört

1) wenn der Beſitzer ſelbige, von dem anmaßlichen Erben, als eine universitas, kaufte. In dieſem Falle kommt es jedoch darauf an, ob der Käufer in bona fide iſt, oder ob er gewußt hat, daß dem Verkäufer kein Recht an den Sachen zuſtehe. Nur in dem letztern Falle kann er mit der hereditatis petitio utilis belangt werden[72]). Allein in dem erſten Falle muß eigentlich gegen den Verkäufer die Erbſchaftsklage angeſtellt werden, und nur in subsidum, wenn gegen dieſen nichts auszurichten iſt, haftet der bonae fidei emtor, ſoweit er bereichert iſt[73]).

2) Wenn die Frau die Erbſchaft ihrem Mann als Heyrathsgut zugebracht hat; ſo findet gegen den Mann die hereditatis petitio utilis Statt, ob wohl auch die Frau actione directa belangt werden kann[74]).

Die Erbſchaftsklage findet nun alſo nur gegen einen ſolchen Beſitzer Statt, der dem Kläger ſein Erbrecht ſtreitig macht. Dieſer kann entweder ein wahrer oder ein fingirter Beſitzer ſeyn.

1) Ein

72) *L.* 13. §. 8. *D. h. t.* *Ant.* Faber in Rational. ad h. L. findet zwar hiergegen viel einzuwenden, man ſehe aber Huber in Eunomia Rom. pag. 269.

73) *L.* 13. §. 4. *D. h. t.* S. Weſtphals oben angef. Commentar. §. 400.

74) *L.* 13. §. 10. *D. h. t.* Man ſehe hier wider Fabers unnütze Kritik Huber Eunom. Rom. pag. 271.

I. Ein wahrer Beſitzer beſitzt die Erbſchaft entweder

1) *pro herede*, wenn er entweder glaubt, Erbe zu ſeyn; oder zwar weiß, daß er nicht Erbe ſey, aber doch einen Rechtstitel für ſich hat[75]); oder

2) *pro possessore*, wenn der Beſitzer entweder gar keinen Titel anzugeben im Stande iſt, oder der angegebene Titel nichtig, oder erdichtet iſt[76]). Hommel[77]) glaubt zwar Ulpian habe ſich in dieſer Erklärung geirrt, der possessor pro

75) *L.* 11. *pr. D. h. t.* Pro Herede possidet, qui putat, se heredem esse. Sed an et is, qui scit, se heredem non esse pro herede possideat, quaeritur? Et *Arrianus* lib. II. *de interdictis* putat teneri. Quo iure vos uti *Proculus* scribit. — *L.* 13. §. 8. *D. eodem.* Si quis sciens alienam emit hereditatem quasi pro possessore possidet: et sic peti ab eo hereditatem quidam putant. Quam sententiam non puto veram. Nemo enim praedo est, qui pretium numeravit. Sed ut emtor universalis *utili* tenetur.

76) *L.* 11. §. 1. *D. h. t.* Pro Possessore vero possidet praedo. *L.* 12. *D. eodem.* Qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit; *quia possideo*, nec condendet se heredem, vel per *mendacium*, (sc. hoc. contendat). *L.* 13. *D. eodem.* Nec ullam *causam possessionis* possit dicere. Et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur. *L.* 13. §. 1. *D. eodem.* Omnibus etiam titulis hic pro possessore haeret, et quasi injunctus est (d. i. ein jeder nichtiger Titel macht den Beſitzer zu einem possessor *pro possessore*). Denique et *pro emtore* titulo haeret. Nam si a *furioso* emero sciens, *pro possessore* possideo. Item in titulo *pro donato* quaeritur, an quis *pro possessore* possideat; utputa *uxor* et *maritus?* Et placet nobis *Iuliani* sententia, *pro possessore* possidere eam, et ideo *petitione hereditatis* tenebitur. Item *pro dote titulus* recipit *pro possessore* possessionem: utputa si a minore duodecim annis, nupta mihi quasi dotem sciens accepi.

77) Rhapsod. quaestion. for. Vol. IV. Obs. 675.

pro possessore ſey vielmehr der bonorum possessor, der die Erbſchaft als vermeintlicher heres praetorius beſitzt. Die Erbſchaftsklage ſey daher nur gegen den geſtattet, der als vermeintlicher Erbe beſitzt. Allein es iſt ſchon von andern[78]) gezeigt worden, daß dieſe gewagte Behauptung aus einer offenbaren petitio principii gefloſſen ſey. Er ſetzt nämlich als unbezweifelt voraus, die hereditatis petitio ſey nicht bloß ein Streit über das Erbrecht des Klägers, ſondern auch über das des Beklagten, wer nämlich von beyden der wahre oder nähere Erbe ſey. Dieſe irrige Hypotheſe iſt aber ſchon oben verworfen worden. Die Erbſchaftsklage findet daher gegen jeden Beſitzer der Erbſchaft, als universitas betrachtet, Statt, wenn er auch nicht als Erbe beſitzt, aber doch des Klägers Erbrecht in Zweifel zieht, weil die Reivindication eine actio singularis iſt, durch welche eine universitas iuris nicht verfolgt werden kann[79]).

Zuweilen kann bey derſelben Erbſchaft der eine als possessor pro herede, der andere als possessor pro possessore in Anſpruch genommen werden[80]). Der Fall iſt, wenn Jemand denjenigen, welcher die Erbſchaft pro herede beſaß, mit Gewalt aus dem Beſitz vertrieben hat. Hier kann der wahre Erbe nach ſeiner Willkühr entweder den Entſetzten in An-

78) Koch in Specim. comp. Pandect. (*Jenae* 1757.) medit. 6. pag. 41. Hofacker in Princip. iur. civ. T. II. §. 1672. not. f. pag. 821. *Io. Theoph.* Seger Diss. quaestion. for. Syllog. II. cont. *Lipsiae* 1773. Qu. 3. pag. 24. und (Hübner) Berichtigungen und Zuſätze zu den Inſtitutionen des röm. Rechts (Leipzig 1801. 8.) S. 131. ff.

79) *L.* 56. *D. de Rei vind.*

80) *L.* 16. §. 4. *D. h. t.*

Anſpruch nehmen, quasi *iuris possessorem*[81]), quia habet interdictum *unde vi*, quo victus cedere debet[82]), oder den jetzigen Beſitzer, qui dejecit, weil er die Erbſchaft *pro possessore* beſitzt.

II. Die Erbſchaftsklage findet auch wider einen ſolchen Beklagten Statt, der nicht wirklich Beſitzer iſt, allein wegen ſeines Dolus eben ſo belangt und verurtheilt werden kann, als wenn er wirklich Beſitzer wäre. Man nennt einen ſolchen Beklagten einen *fictus possessor*[83]). Der Grund dieſes Verhältniſſes liegt alſo in dem Dolus des Beklagten. Daher die Regel des Civilrechts: *dolus pro possessione est*[84]). Dieſer Dolus des Beklagten, der ihn im rechtlichen

81) Man nennt in der hereditatis petitio den Beklagten *iuris possessor*, wenn er zwar die Sache nicht beſitzt, aber beſitzen kann, weil er eine Klage darauf hat, deren Ceſſion von ihm gefordert wird. *L.* 9. *L.* 18. §. 1. *L.* 35. *D. h. t.* Dieſer kann mit der Erbſchaftsklage belangt werden, weil er etwas zu thun ſich weigert, was der Kläger, als Erbe, von ihm fordern zu können glaubt, und alſo ein Stück des allgemeinen Erbrechts ſich anmaßt. S. Fr. Karl von Savigny Recht des Beſitzes §. 8. S. 74. folg.

82) *L.* 17. *pr. D. de acquir. vel omitt possess.* Si quis vi de possessione dejectus sit, perinde haberi debet, ac si possideret: cum Interdicto *de vi* reciperandae possessionis facultatem habeat. S. von Savigny S. 120. not. 1.

83) *Ad. Ignat.* Turin Diss. de ficto possessore. *Erfordiae* 1774. und *Jo. Henr. Christ.* Erxleben Diss. de eo, quod iuris est circa fictam possessionem, maxime quoad rei vindicationem et hereditatis petitionem. *Goettingae* 1778.

84) L. 131. *D. de Reg. iur.* L. 157. §. 1. *D. eodem.* Dieſe Regel iſt durch ein Senatus-Conſultum zur Zeit des Krs. Hadrian im

lichen Sinn zum Beſitzer macht, iſt auf zweyerley Art denkbar.

1) Wenn der Beklagte ſich muthwillig auf die Klage einläßt, als ob er beſäße, da er doch weiß, daß er nicht Beſitzer iſt, um den Kläger in einen vergeblichen Prozeß herum zu ziehen. Von dieſem ſagen die Geſetze: *liti se obtulit*[85]). Hierher gehört, wenn Ulpian[86]) ſagt: **Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil. Et videndum, si non possidens obtulerit tamen se petitioni, an teneatur? Et CELSUS lib. 4. Digestorum scribit, ex dolo eum teneri:** ***dolo enim facere eum, qui se offert petitioni.*** **Quam sententiam generaliter MARCELLUS apud IULIANUM**[87]) **probat:** ***omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri.*** Die Stelle, welche Ulpian hier aus des Celſus Digeſten citirt, kommt noch beſonders in Ju-

ſtini-

im Jahr der Erb. Roms 881. eingeführt worden, deſſen Worte L. 20. §. 6. *D. h. t.* enthalten ſind. Man vergleiche darüber HEINECCII Diss. de Senatusconsulto Hadriani temporibus facto, quod extat. L. XX. §. VI. Dig. de heredit. petit. in EIUSDEM *opuscul. postum. ad historiam Edictor.* pag. 449. seqq.

85) S. *Aemil. Lud.* HOMBERGK zu Vach Diss. de oblatione ad litem. *Marburgi* 1746.

86) L. 13. §. 13. *D. h. t.*

87) Marcellus hat Noten über Julians Digeſten geſchrieben, von dieſen iſt in unſerer Stelle die Rede; nicht von Marcells Digeſten, wie TURIN in Diss. cit. §. 3. aus L. 13. §. 14. *D. h. t.* hat erweiſen wollen. S. Weſtphals Commentar §. 433.

ſtinians Pandecten [88]) vor, und lautet ſo: **Qui se liti obtulit, cum rem non possideret, condemnatur: nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem initio litis scire eum non possidere; quippe isto modo non est deceptus. Et qui se hereditatis petitioni obtulit, ex doli clausula tenetur: aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi.** Es wird jedoch vorausgeſetzt, daß der Kläger geglaubt habe, der Beklagte ſey, wie er vorgegeben hat, wirkicher Beſitzer. Denn hat er es ſelbſt beſſer gewußt, und belangt den vorgeblichen Beſitzer doch, ſo trägt er den Schaden ſeiner eigenen Schuld. Es muß jedoch, wie aus der angeführten Stelle des Celſus erhellet, der Beklagte des Klägers Wiſſenſchaft beweiſen, und da hierzu **evidentissimae probatione** erfordert werden, ſo kann hierzu, wenigſtens nach dem römiſchen Rechte, Eideszuſchiebung nicht gebraucht werden [89]). Giebt ſich der Beklagte fälſchlich für den Beſitzer aus, ſo kann er ſein Vergehen ſo lange noch wieder gut machen, als er den Kläger noch nicht in Schaden gebracht hat [90]). Dieß iſt nun gewöhnlich der Fall, wenn er vor der Litiscontestation ſein fälſchliches Vorgeben zurück-

88) *L.* 45. *D. eodem.* Die Ueberſchrift dieſes Fragments iſt Celsus *lib.* 4. *Digestorum.* S. Brencmann Diss. de Legum inscriptionibus §. 11. bey Wieling in *Jurisprud. restituta* T. II. p. 157.

89) Gönners Handbuch des deutſchen gemeinen Prozeſſes 1. Band Nr. XVI. §. 6. S. 350. Nach dem Gerichtsgebrauch wird jedoch die Eideszuſchiebung für zuläßig gehalten. Berger Oecon. iur. Lib. II. Tit. 4. §. 54. not. 5.

90) Erxleben cit. Diss. Cap. I. Membr. II. §. 6.

zurücknimmt [91]); es wäre denn, daß der Kläger dadurch, daß der Beklagte fälſchlich vorgab, er ſey Beſitzer, abgehalten worden wäre, den wirklichen Beſitzer in Anſpruch zu nehmen, und darüber die Verjährungszeit verſtrichen wäre. Hier liegt dem Beklagten die Verbindlichkeit zur Entſchädigung des Klägers ob, wenn jener auch ſein Vorgeben noch vor der Kriegsbefeſtigung zurückgenommen hätte [92]).

2) Wenn der Beklagte wirklicher Beſitzer war, aber aus Gefährde zu beſitzen aufgehört hat, um dem Kläger ſeine Anſprüche zu vereiteln. Es mag der Beklagte Anfangs in bona oder gleich in mala fide geweſen ſeyn [93]). Hierher gehört, wenn Ulpian [94]) ſagt: Item, si quis *dolo* fecerit, *quominus possideat*, hereditatis petitione tenebitur. Hat der Beklagte ſich eine Erbſchaft, die ihm gar nicht gehörte, wiſſentlich angemaßt, ſo haftet er nicht nur für ſeinen Dolus, ſondern auch, wenn er durch ſeine Culpa den Beſitz verlor [95]). Der Beklagte hört nun zu beſitzen auf, nicht

91) L. 25. *D. de Rei Vindicat.* Caeterum ante iudicium acceptum non decipit actorem, qui se negat possidere, cum vere non possideret; nec videtur se liti obtulisse, *qui discessit.*

92) S. Noodt Commentar. ad Pandect. L. VI. Tit. I. *Operum* T. II. pag. 165. und Homberck cit. Diss. §. 22.

93) Erxleben cit. Diss. Cap. I. Memb. III. §. 2.

94) *L.* 13. §. 14. *D. h. t.*

95) *L.* 25. §. 2. *D. h. t.* Quod ait Senatus: *eos, qui bona invasissent, quae scirent, ad se non pertinere, etiam si ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent*, ita intelligendum est, ut et Dolus Praeteritus in petitionem hereditatis deduceretur, *sed et* Culpa. S. Erx-

nicht nur, wenn er die Sache an einen ſolchen aus Gefährde verkauft, der ſchwer zu belangen iſt, ſondern auch wenn er die Sache vernichtet, und vertilgt; oder Sachen, die zur Erbſchaft gehören, von den Beſitzern oder Schuldnern abzufordern unterläßt, welche er leicht hätte erhalten können[96]). Denn auch derjenige, welcher aus Gefährde es gehindert hat, daß er nicht zum Beſitz der Sache gekommen iſt, wird rechtlich eben ſo angeſehen, als ob er **dolose** zu beſitzen aufgehört hätte[97]). Sind durch boshafte Veräußerung mehrere fingirte Beſitzer ſucceſſive entſtanden, durch deren Hände die Sache gegangen iſt, ſo haften ſie alle[98]), und es hängt von dem Kläger ab, wen er belangen will.

Ein fingirter Beſitzer kann nun eben ſo verurtheilt werden, als wenn er die Erbſchaft wirklich beſäße, und zwar haftet er nicht nur für die Erbſchaft ſelbſt, ſondern auch für deren Nutzungen. Das Senatusconſultum ſagt: ***Perinde condemnandos, quasi possiderent***, welche Worte Ulpian[99]) ſo erklärt: **Merito: nam is, qui dolo fecit, quominus possideret, ut possessor condemnatur: accipies, sive dolo desierit possidere, sive dolo possessionem noluerit admittere. Unde si sit alius possessor, ab**

ERXLEBEN cit. Diss. Cap. I. membr. III. §. 2. und Weſtphal im angef. Commentar. §. 489.

96) *L.* 25. §. 2. *D. h. t.* ERXLEBEN cit. Diss. Cap. I. membr. 3. §. 4.

97) *L.* 25. §. 8. *D. h. t.*

98) Et, si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur, ſagt der angef. §. 8. *cit. Lib.* 25.

99) *L.* 25. §. 8. *et* 9. *D. h. t.*

ab utroque *hereditas peti* poterit. — Sed utrum is solus, qui possidet, *fructus praestabit:* an etiam is, qui *dolo* fecit, *quominus possideret?* et dicendum erit, post Senatusconsultum *ambo teneri.* Hiermit ſtimmt auch Celſus[100]) überein, welcher ſagt: Qui se liti obtulit cum rem non possideret, condemnatur, (sc. quasi possideret). Der Kläger kann hier den Werth eidlich beſtimmen, den ihm der Beklagte erſetzen muß. Ulpian[1]) ſagt: Haec verba Senatusconsulti etiam adversus eum, qui non possidet, *iusiurandum* inducunt. Tam enim adversus eum, qui dolo fecit, quominus possideat, quam adversus possidentem, *in litem iuratur.* Daß der Kläger auch alles Intereſſe in Anſchlag bringen kann, lehrt ebenfalls Celſus[2]), wenn er ſagt: aestimari scilicet oportebit, *quanti eius interfuit, non decipi.* Die Klage gegen den fingirten Beſitzer fällt indeſſen weg, wenn der wahre Beſitzer gleich Anfangs ſich bereitwillig erklärt, die Sache mit dem Kläger auszumachen; es muß nur aber freylich der Prozeß mit dem wahren Beſitzer nicht beſchwerlicher ſeyn, als der mit dem fingirten Beſitzer, denn unter dieſen Umſtänden iſt der Kläger nicht ſchuldig, den fingirten Beſitzer zu entlaſſen. Sed si alius nactus possessionem, ſagt Ulpian[3]), quam ego dolo malo amiseram, paratus sit iudicium pati, MARCELLUS *lib.* 4. *Digestorum* tractat, ne forte evanescit adversus eum, qui desiit possidere, litis aestimatio? Et magis evanescere,

100) *L.* 45. *D. h. t.*

1) *L.* 25. §. 10. *D. h. t.*

2) *L.* 45. *D. eodem.*

3) *L.* 13. §. 14. *D. h. t.*

re, ait, nisi petentis interest. Certe, inquit, si rem paratus sit restituere, indubitatum erit, evanescere. Sed si is, qui dolo desiit, ante conveniatur, eum, qui possidet, non liberabit.

Es entſteht nun die Frage, ob der Erbe den wahren Beſitzer der Erbſchaft auch dann noch in Anſpruch nehmen könne, wenn ihm der fingirte Beſitzer den Werth und alles Intereſſe vergütet hat? Die Meinungen der Rechtsgelehrten ſind hier getheilt. Einige[4]), zu denen Hellfeld gehört, läugnen dieſes gänzlich, ſie ſagen, es ſtreite gegen alle Billigkeit, das Seinige zweymal zu fordern[5]), und dieſe Unbilligkeit leuchte hier um ſo mehr in die Augen, da bey einer Erbſchaft, als eine universitas iuris betrachtet, der Werth an die Stelle der Sache tritt. Ueberdies ſprächen auch in andern Fällen die Geſetze[6]) den wahren Beſitzer frey, wenn der Eigenthümer wegen des Werths der Sache befriediget worden iſt. Ja Paulus[7]) laſſe vollends keinen Zweifel zurück, wenn er ſagt: Eius rei, quae per *in rem actionem* petita, tanti aestimata est, quanti *in litem* actor iuraverit: *dominum statim ad possessorem pertinet*, transegisse enim cum eo, et decidisse videor eo

4) Voet in Comm. ad Pand. h. t. §. 8. Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. IV. not. m. pag. 479. und beſonders Erxleben cit. Diss. Cap. III. membr. II.

5) *L.* 57. *D. de Reg. iuris.*

6) L. 8. L. 20. *D. de interogat. in iure.* L. 24. 25. *et* 26. *D. de noxal. action.*

7) L. 46. *D. de rei vindicat.* Eben dieſes beſtätigen auch L. 1. *et* 3. *D. pro emtore*, wo geſagt wird: litis aestimatio est similis emtioni.

eo pretio, quod ipse constituit. Deſſen ungeachtet behaupten die meiſten ſowohl theoretiſchen[8]) als practiſchen Rechtsgelehrten[9]) das Gegentheil, und für dieſe Meinung, welche dem Erben noch eine Klage gegen den wahren Beſitzer der Erbſchaft geſtattet, wenn er gleich ſchon den Werth derſelben von dem fingirten Beſitzer erhalten hat, ſtreitet auch ohne Zweifel das ſtrenge Recht. Denn Erſtens wird die Verurtheilung des fingirten Beſitzers zur Vergütung des Werths und alles übrigen Intereſſe in den Geſetzen bloß als eine Strafe des Dolus angeſehen. Von dieſer Strafe bleibt alſo der eigentliche Realanſpruch an der Erbſchaft ſelbſt ganz unterſchieden. Es läßt ſich folglich mit Grund nicht behaupten, daß der Kläger das Seine zweymal fordere, da die Klagen gegen verſchiedene Perſonen gehen. Daß nun aber zweitens die Klage noch gegen den wahren Beſitzer Statt finde, lehren die Geſetze ganz

8) Donellus in Commentar. iur. civ. Lib. XIX. cap. 12. pag. 1114. Cujacius Lib. XXII. Observat. cap. 29. Noodt Commentar. in Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 177. Huber in Eunomia Rom. h. t. pag. 272. et in Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. *Ios.* Averanius Interpretat. iuris Lib. I. cap. 15. nr. 16. et 17. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. IV. Struv Syntagm. iur. civ. Exerc. X. §. 48. Weſtphal im Commentar über die Geſetze von Vorlegung und Eröffnung der Teſtamente §. 436. Hofacker Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1673. in fin. Turin in Diss. de ficto possessore §. 9. Hombergk zu Vach in Diss. de oblatione ad litem. §. 27. Malblank Dig. Tom. I. §. 377. u. a. m.

9) Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 9. Berger Oecon. iuris Lib II. Tit. IV. §. 54. not. 5. Brunnemann in Comm. ad L. 13. §. 13. D. h. t. Mevius P. III. Decis. 98.

ganz deutlich. So ſagt Ulpian[10]): Sed si is, qui dolo desiit, ante conveniatur, *eum*, *qui possidet, non liberabit*. Eben ſo Paulus[11]): Si is, qui obtulit se fundi vindicationi, damnatus est, *nihilominus a possessore recte petitur:* sicut *Pedius* ait. Noch deutlicher Papinian[12]): Dolo fecisti, quominus possideres, quod ex hereditate ad alienum pertinente adprehenderas. Si possessor corpus aut litis aestimationem praestitit, ea res tibi proderit: quia nihil petitoris interest. Caeterum, si tu ante conventus, ex praeterito dolo praestiteris: *nihil ea res possessori proderit*. Es ſtimmt auch dieſes mit andern Grundſätzen des römiſchen Rechts überein. Denn begründet der Beſitz eine Realklage[13]), ſo kann dieſelbe dadurch nicht erlöſchen, daß ein Dritter, wegen eines begangenen Dolus, den Werth der Sache erſetzt hat. Hierdurch iſt der Grund der Klage wider den Beſitzer nicht gehoben. Daher kann auch hier die Regel: pretium in locum rei succedit, keine Anwendung finden; und eben ſo wenig ſind die von der Gegenparthey angeführten Geſetze uns entgegen. Denn ſie reden zum Theil von Noxalklagen, bey welchen der Prätor dem Beſchädigten nur eine Klage entweder gegen den wahren, oder gegen den fingirten Beſitzer geſtattete. Daß aber dieſes nur als Ausnahme von der Regel galt, giebt Paulus dennoch genug zu verſtehen, wenn

10) *L*. 13. §. 14. *D. h. t.*

11) *L*. 7. *D. de Rei vindicat.*

12) *L*. 95. §. 9. *D. de solut. et liberat.*

13) *L. un. Cod de alienat. iud. mut. c. facta.*

wenn er ſagt[14]): Id enim *Praetor* introduxit, *ne eluderetur actor*, *non ut etiam lucrum faceret.* Ideoque exceptione a sequenti summovebitur. Theils reden ſie gar nicht von dem Falle, da der fingirte Beſitzer zuerſt ausgeklagt worden iſt[15]), ſondern wo der Beklagte, der die, von dem Eigenthümer in Anſpruch genommene Sache, in ſeiner Gewalt hat, dieſelbe aus Ungehorſam zu reſtituiren ſich weigert, und der Kläger zum Würderungseide gelaſſen wird[16]). Hier geht das Eigenthum der Sache auf den Beklagten über, der den Kläger wegen des Werths entſchädiget hat. *Transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio*, *quod ipse constituit.* Eine ſolche aestimatio litis wird gleichſam als ein Kauf angeſehen[17]), weil der Kläger, qui invitus ad res suas vendendas cogi nequit, wenn er das eidlich beſtimmte Aequivalent annimmt, natürlich auch im Moment der Annahme auf das, wofür es gegeben wird, ſo verzichtet, als der Verkäufer auf das Verkaufte, wenn er das Pretium annimmt[18]). Dieß iſt aber von dem

14) *L.* 26. *pr. D. de noxalib. action.* verglichen mit *L.* 24. *D. eodem.*

15) Man ſehe hier *L.* 46. *D. de Rei Vindicat.* und vergleiche damit *L.* 47. *D. eodem.* Ueber beyde Stellen ſ. *Jos.* Averanii Interpretat. iuris. Lib. I. cap. 15. nr. 6. seqq. und *Pet. de* Greve Exercitat. ad Pandect. loca difficil. Exerc. VIII. §. 18. pag. 202.

16) *L.* 1. *et* 2. *D. de in litem. iur.*

17) *L.* 7. §. 1. *D. de publ. in rem act. L.* 22. *pr. D. de act. rer. amotar.*

18) Franz. Ludw. Wirſchinger über das iuramentum in litem §. 76.

dem Fall ganz verſchieden, wenn der fingirte Beſitzer den Werth als eine **poena doli** vergütet hat, denn daß hierdurch der wahre Beſitzer nicht von dem Anſpruche des Eigenthümers befreyet werde, ſagen die oben angeführten Geſetze ausdrücklich. Man nimmt jedoch nicht unbillig den Fall aus, da der wahre Beſitzer den Regreß gegen den fingirten nehmen könnte, weil dieſer ſonſt doppelt bezahlen müßte[19]). Z. E. der wahre Beſitzer hat die Sache von demjenigen gekauft, der dieſelbe **dolose** zu beſitzen aufgehört, und den Werth präſtirt hat. Wäre der wahre Beſitzer zuerſt in Anſpruch genommen worden, und dieſer hätte dem Kläger die Sache reſtituirt, ſo findet gegen den fingirten Beſitzer keine Klage weiter Statt[20]). Ob übrigens der Beklagte ſchon bey der Einlaſſung, oder von da an bis zum Urtheil den Beſitz erwarb, iſt einerley[21]). Denn man ſieht bey Realklagen auf das **tempus rei iudicatae**[22]).

§. 566.

19) *Ant.* Faber in Rational. ad L. 13. §. 14. D. h. t. Hilliger ad *Donellum* Lib. XIX. cap. 12. lit. M. Weſtphal im angef. Commentar §. 436. Turin cit. Diss. §. IX. in fin.

20) L. 95. §. 9. *D. de Solution.*

21) L. 18. §. 1. *D. h. t.* Si quis, cum peteretur ab eo hereditas, neque rei, neque iuris velut possessor erat, verum postea aliquid adeptus est: an petitione hereditatis videatur tenere? et Celsus lib. 4. Digestorum recte scribit hunc condemnandum, *licet initio nihil possedit.*

22) L. 16. *pr. D. h. t. Ios.* Averanius Interpretat. iuris Tom. II. Lib. IV. cap. 23. nr. 5. pag. 122.

§. 566.

Geſuch und Object der Erbſchaftsklage.

Das Geſuch der Erbſchaftsklage geht

1) inſofern dieſelbe eine Realklage iſt, dahin, daß der Kläger für den wahren Erben erklärt, und der Beklagte verurtheilt werde, die Erbſchaft mit allem, was dazu gehört, herauszugeben. Zur Erbſchaft gehört nun aber alles, was der Erblaſſer nicht nur zur Zeit ſeines Todes beſeſſen hat, es ſey ſein Eigenthum, oder nicht, z. B. die ihm zum Pfande gegebenen, geliehenen, oder deponirten Sachen, oder derentwegen dem Verſtorbenen ſonſt ein Retentionsrecht zuſtand; ſondern auch die Acceſſionen, wodurch nach ſeinem Tode die Erbſchaft vermehrt worden iſt, z. B. die Früchte, wenn ſie auch der Kläger ſelbſt auf die Art nicht gezogen haben würde, Pacht- und Miethgelder, und aller Gewinn, der von der Erbſchaft iſt gezogen worden. Ja auch dasjenige iſt Gegenſtand der Klage, was der Beſitzer um der Erbſchaft willen angeſchafft hat, das Geld zum Ankauf mag aus der Erbſchaft genommen worden ſeyn, oder nicht. Die hierher gehörigen Stellen ſind:

1) *L.* 19. *pr. D. h. t.* wo Paulus ſagt: Et non tantum hereditaria corpora, sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet? ut res pignori datae defuncto, vel commodatae, depositaeve. Et quidem rei pignori datae etiam specialis petitio est, ut et hereditatis petitione contineatur; sicut illae, quorum nomine Publiciana competit. Sed licet earum nomine, quae commodatae vel depositae sunt, nulla sit facile actio, quia ta-

tamen periculum earum ad nos pertinet, aequum est, eas restitui. Daß der Erbe wegen ſolcher Sachen, derentwegen ſchon dem Erblaſſer die hypothekariſche oder Publicianiſche Klage zuſtand, die Erbſchaftsklage anſtellen kann, iſt kein Wunder, da jene Klagen ebenfalls dingliche Klagen ſind. Allein wegen der dem Erblaſſer geliehenen, oder in Verwahrung gegebenen Sachen, giebt es keine Klage gegen den dritten Beſitzer. Da nun aber dennoch der Erbe für dieſe Sachen verantwortlich iſt, ſo war es billig, ihm derentwegen die Erbſchaftsklage zu geſtatten, weil ſie doch als ein Theil der Erbſchaft, für universitas iuris genommen, zu betrachten ſind. Paulus fährt fort §. 2. Veniunt et hae res in hereditatis petitionem, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem: veluti si iuraverit defunctus, petitoris rem non esse, et decesserit. Debent hae quoque restitui. Wenn der Erblaſſer geſchworen hat, daß die Sache dem Kläger nicht zugehöre, der ſie als ſein Eigenthum in Anſpruch genommen hatte, ſo wirkt dieſer Eid nur gegen den Kläger, ſo daß dieſem, wenn er klagt, die exceptio iurisiurandi entgegen geſetzt werden kann. Eine Klage ſtand alſo dem Schwörenden der Sache wegen nicht zu. Gleichwohl müſſen auch ſolche Sachen, als Theil der Erbſchaft, abgeliefert werden, wenn mit der Erbſchaftsklage überhaupt auf Reſtitution der Erbſchaft geklagt wird.

2) *L. 20. pr. D. eodem.* Hier ſagt Ulpian: Item veniunt in hereditatem etiam ea, quae *hereditatis causa* comparata sunt; utputa mancipia, (pecoraque, et si qua alia) quae necessario hereditati sunt comparata. Et si quidem *pecunia hereditaria* sint comparata: sine

dubio

dubio venient. Si vero non pecunia hereditaria? videntum erit. *Et puto etiam haec venire*, si magna utilitas hereditatis versetur: *pretium scilicet restituturo herede.* Ferner §. 3. Item non solum ea, quae mortis tempore fuerunt, sed si qua postea *augmenta* hereditati accesserunt, venire in hereditatis petitionem: nam hereditas et augmentum recipit et deminutionem. — *Fructus* autem omnes augent hereditatem, sive ante aditam sive post aditam hereditatem accesserint. Ja Afrikanus ſetzt noch *L.* 56. *D. h. t.* hinzu: Cum hereditas petia sit, eos fructus, quos possessor percepit omnimodo restituendos, *etsi petitor eos percepturus non fuerat.*

3) *L.* 27. §. 1. *D. h. t.* Sed et pensiones, quae ex locationibus praediorum urbanorum perceptae sunt, venient, licet a lupanario perceptae sint. Nam et in multorum honestorum virorum praediis lupanaria exercentur. Bey den Römern war die Bordelwirthſchaft erlaubt, wenn es nur vorher den Aedilen war angezeigt worden, und dem Staate jährlich die gewöhnliche Abgabe entrichtet wurde[23]). Selbſt Standesperſonen, welche hier, wie Huber[24]) bemerkt, unter den *honestis viris* zu verſtehen ſind, hielten Bordelle. Hatte nun der Beſitzer der Erb-

23) *Desid.* Heraldi Observat. et Emendat. cap 33. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 1352. seq.) *del* Manzano Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. in *Thes. Meermann* Tom. V. pag. 311. *Ios.* Finestres Hermogenian. Tom. I. pag. 429. seqq. und *Andr. Flor.* Rivini Diss. de muliere quaestuaria *Vitemb.* 1733.

24) Eunomia Rom. ad L. 27. D. h. t. §. 2. pag. 285.

Erbſchaft durch Verpachtung des dazu gehörigen Bordels ſich einen Gewinn verſchafft, ſo mußte auch dieſer dem Erben reſtituirt werden, wenn er gleich ſchändlich war. Hermogenian[25]) ſagt: ne honesta interpretatio non honesto quaestu lucrum possessori faciat.

4) *L.* 28. §. 3. *D. h. t.* ſagt endlich Paulus noch überhaupt: Post Senatusconsultum enim *omne lucrum* auferendum esse tam bonae fidei possessori, quam praedoni dicendum est.

Die Klage erſtreckt ſich alſo auf alles, was zur Erbſchaft gehört, es ſey körperlich, oder unkörperlich, beweglich oder unbeweglich. Ulpian[26]) ſagt: Placuit, universas res hereditarias in hoc iudicium venire, sive *iura*, sive *corpora* sint. Ob auch Servituten ein Gegenſtand der Erbſchaftsklage ſind, iſt unter den Rechtsgelehrten ſtreitig. Georg Fried. Deinlein[27]) trägt kein Bedenken, dieſes zu bejahen, und glaubt, daß Ulpian ſeine Meinung nicht undeutlich beſtätige, wenn dieſer im Allgemeinen ſagt, daß auch iura, unkörperliche Dinge, unter der Erbſchaftsklage begriffen wären. Ja eben dieſer Ulpian lehre auch, daß bey Servituten eine Reſtitution denkbar ſey, wenn er ſagt:

25) L. 52. *D. h. t.* Man ſehe über dieſe Stelle Finestres c. l. §. 2. pag. 429. Pothier Pandect. Iustinian Tom. I. h. t. nr. XXXIX. not. a. und Huber in Eunom. Rom. ad L. 52. cit. pag. 287 seqq.

26) L. 18. §. 2. *D. h. t.*

27) Observat. iuris. miscellar. caput primum de servitutibus in hereditatis petitionem venientibus occasione L. 18. §. ult. et L. 19. §. 3. D. de hered. petit. *Altdorfii* 1740.

ſagt[28]): Est quaesitum, si usus fructus vel usus fuerit alicui relictus, eumque occupaverit: an hoc Interdicto (sc. *Quod legatorum*) *restituere* sit compellendus? movet, quod neque usus fructus neque usus possidetur: sed magis tenetur. Potest tamen defendi, *competere Interdictum*. Idem dicentum est et in *servitute relicta*. Allein die meiſten Rechtsgelehrten[29]) läugnen, daß Servituten ein Gegenſtand der Erbſchaftsklage ſeyn könnten. Denn Servituten ſind entweder perſönliche oder dingliche. Erſtere ſind ohnehin mit dem Tode des Erblaſſers erloſchen. Letztere hingegen haften auf den dem Kläger zu reſtituirenden Grundſtücken active, und gehen ipso iure mit ſelbigen an den Kläger über, es läßt ſich alſo keine beſondere Reſtitution derentwegen gedenken. Eben dieſes beſtärkt auch Paulus[30]) mit klaren Worten, wenn er ſagt: *Servitutes* in restitutionem hereditatis non venire, ego dici: *cum nihil eo nomine possit restitui*, sicut est in corporibus et fructibus. Sed si non patiatur ire et agere, *propria actione* convenietur. Der Sevituten wegen iſt alſo lediglich die actio confessoria anzuſtellen, wenn der Erbe in deren Ausübung gehindert wird. Dieß iſt

28) *L.* 1. §. 8. *D. Quod legator.*

29) Donellus in Comm. iuris civ. Lib. XIX. cap. 13. pag. 1124. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 14. Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 12. *Ant.* Faber in Rational. ad L. 19. §. 3. D. h. t. Westenberg in Digest. h. t. §. 25. *Geh. Wilh. Lud.* Benecke Disquis. acad. de vero hereditatis petitionis objecto servitutes excludente. *Giessae* 1741. und Weſtphal im angef. Commentar. §. 458.

30) *L.* 19. §. 3. *D. h. t.*

iſt unſtreitig die **actio propria**, welche Paulus hier meint. Dieſem iſt auch Ulpian nicht entgegen, wenn er lehrt, daß bey einer legirten Servitut mit dem **Interdicto quod legatorum** die Reſtitution gefordert werden könne, wenn der Legatar dieſelbe ſchon occupirt hat, und dem Erben die Falcidia daran gebührt. Denn hier iſt die erbſchaftliche Sache ſelbſt dienſtbar, der Legatar muß alſo den Nießbrauch oder den Gebrauch der Servitut ſo lang dem Erben wieder abtreten, bis er der Falcidie wegen befriediget iſt. Man behauptet daher auch mit Recht, daß perſönliche Dienſtbarkeiten inſofern ſie auf die Erben übergehen[31]), wohl ein Gegenſtand der Erbſchaftsklage seyn könnten, weil unter dieſen Umſtänden eine Reſtitution derſelben denkbar iſt[32]). Daher führt Paulus bloß Beyſpiele von Real-Servituten an. Nun läßt ſich zwar auch bey dinglichen Servituten der Fall gedenken, daß der Beſitzer der Erbſchaft, zu welcher ſie gehören, Früchte könnte genoſſen haben, die er reſtituiren muß, man denke ſich z. B. die Huth- und Weidegerechtigkeit. Hier muß der Beklagte den ſich angemaßten Genuß der Früchte vergüten, welche ohne Zweifel zur **omnis causa** gehören, mit welcher die Erbſchaft reſtituirt werden muß. Allein ein jeder ſieht hier von ſelbſt ein, daß in dieſem Falle von keiner Reſtitution der Servitut ſelbſt, von welcher Paulus redet, ſondern von einer bloßen perſönlichen Präſtation die Rede iſt, worauf die Erbſchaftsklage bekanntermaßen mit gerichtet werden kann. Wie aber, wenn derjenige, welcher den Erben in

31) *L.* 14. *Cod. de Usufr. et habitat. L.* 2. *D. de usu et usufr. legatis.*

32) Donellus c. l. Voet c. l.

in der Ausübung einer zur Erbſchaft gehörigen Real-Servitut ſtört, demſelben die Einrede entgegenſetzt, daß nicht Kläger, ſondern er, der Beklagte, der wahre Erbe ſey? Sollte denn auch in dieſem Falle nach der Lehre des Paulus die **actio confessoria** gegründet ſeyn? Ich glaube allerdings. Denn hier iſt nicht der Fall, wo der Kläger ſein Erbrecht hauptſächlich verfolgt, ſondern nur das Recht eines zur Erbſchaft gehörigen Grundſtücks, welches er beſitzt, geltend macht. Das in Zweifel gezogene Erbrecht des Klägers macht hier bloß einen Incidentpunkt aus, und gehört zur **legitimatio ad causam**, giebt aber keinen Grund ab, die confeſſoriſche Klage für unſtatthaft zu halten, und den Kläger zur Erbſchaftsklage zu verweiſen. Denn der Schluß, wo ein Erbrecht zu erweiſen, da iſt die Erbſchaftsklage anzuſtellen, gilt eben ſo wenig, als der, daß jede Klage, bey welcher ein Eigenthum zu beweiſen iſt, eine Reivindication ſey, denn dieſer Beweis kann auch bey der **actio confessoria** als ein Incidentpunct vorkommen [33]).

2) Inſofern die Erbſchaftsklage als eine *actio mixta personalis* betrachtet wird, und daher auch perſönliche Leiſtungen zum Gegenſtand hat, geht das Geſuch derſelben dahin: daß der Beklagte Rechnung ablege, den Werth der verkauften Sachen, die von den Erbſchaftsſchuldnern beygetriebenen Kapitalien, nicht minder alle gezogene und vernachläßigte Früchte reſtituire, und die verurſachten Schäden erſetze [34]).

Um

33) Struv Synt. iur. civ. Exerc. XIII. §. 44.

34) *L.* 25. §. 18. *D. h. t.*

Um den Zweck der Klage zu realiſiren, kann von dem Beklagten auch die Herausgabe des Inventariums, oder einer eidlichen Specification verlangt werden [35]).

§. 567.

Unterſchied zwiſchen einem *bonae* und *malae fidei possessor* bey der Erbſchaftsklage. In wieweit wird der b. f. possessor durch die Anſtellung der Klage wider ihn in einen unredlichen Beſitzer verwandelt?

Bey der Reſtitution der Erbſchaft iſt nun der Unterſchied ſehr wichtig, ob der Beklagte ein *bonae* oder *malae fidei* possessor iſt. Unter der *bona fides* verſteht man überhaupt die Meinung von der Rechtmäßigkeit unſerer Handlung. Eine entgegengeſetzte Ueberzeugung hingegen, oder das Bewußtſeyn, daß man etwas nicht mit Recht thue, wird *mala fides* genennt. Dieſe ſchließt alſo ihrer Natur nach einen Dolus in ſich [36]). Inſofern hingegen Jemand in bona fide iſt, trifft ihn kein Vorwurf eines Dolus [37]). Eine ſolche bona oder mala fides läßt ſich nun bey allen menſchlichen Handlungen annehmen, in ſofern wir ſie im Verhältniß zu den Geſetzen, und unſerer Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit derſelben betrachten. So ſagt z. B. Paulus [38]), si *bona fide* exactum fuerit iuramentum. Wendet

35) Stryck Us. mod. Pandect. h. t. §. 5. und *Car. Fried.* Walch Diss. de iurata specificatione loco inventarii exhibita. *Jenae* 1790.

36) *L.* 25. §. 7. *D. h. t.*

37) *L.* 25. §. 6. *D. h. t.*

38) *L.* 30. §. 3. *D. de iureiur. L.* 7. §. 8. *D. de minorib.*

Wendet man dieſe Begriffe auf den Beſitz an, ſo wird derjenige ein ***bonae fidei possesser*** genennt, welcher ſeinen Beſitz für rechtlich hält[39]), derjenige hingegen ein ***malae fidei possessor***, welcher weiß, daß er kein Recht habe, die Sache zu beſitzen, welche er ſich gleichwohl, als die ſeinige, anmaßt[40]). Wer alſo aus rechtlichen Gründen glaubt, daß die Erbſchaft ihm wirklich zugehöre, die er als die ſeinige beſitzt, und nicht weiß, daß einem andern ein vorzügliches Recht daran zuſtehe, heißt hier bey der Erbſchaftsklage ein ***bonae fidei possessor***[41]). Es kommt nichts darauf an, ob dabey ein **error iuris** oder **facti** zum Grunde liegt. Auch der **error iuris** ſchadet nichts, inſofern bloß, wie hier, von der Reſtitution der Sache, und Abwendung eines Schadens die Rede iſt[42]). Nur dann kommt der **error iuris** Niemanden zu Statten, ſondern wird einer **malae fidei** gleich geachtet, wenn davon die Rede iſt, daß man etwas ge-

39) *L.* 109. *D. de verb. signif.* Bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit, eam rem alienam esse: aut putavit eum, qui vendidit, ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse. Add. *L.* 137. *D. de reg. iur.*

40) *L.* 20. §. 6. *D. h. t.* ſagt: Qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent.

41) *L.* 38. *D. de usurpat. et usucap.* Vid. *Casp.* Schifordegher ad *Ant.* Fabrum Lib. II. Tract. XXVIII. Qu. 7. et 8. et Lib. III. Tract. XXII. Qu. 7. — 10. *Hieron. de* Oroz de apicibus iuris civ. Lib. IV. cap. 6. *Christph. Christ.* Hasse Diss. de litis contestatione, an et quatenus bonae fidei possessor per eam in mala fide constituatur. *Goett.* 1780. §. 2.

42) *L.* 8. *D. de iuris et facti ignor.* de Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 11. et ad *Eundem.* Emminghaus not. w. et x.

gewinnen will, oder ein Recht zu erwerben ſucht, wie z. B. bey der Uſucapion der Fall iſt[43]). Dieſem gemäß ſagt nun Ulpian[44]): *Scire ad se non pertinere,* utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is, *qui in iure erravit;* putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat; vel cum eum alius praecederet adgnatus, sibi potius deferri? Et non puto, *hunc esse praedonem, qui dolo caret, quamvis in iure erret.*

Der malae fidei possessor hat entweder einen Rechtstitel für ſich, z. E. er hat wiſſentlich eine fremde Erbſchaft von dem Nichterben gekauft; oder nicht. In dem letztern Falle wird er *praedo* genennt. Ulpian[45]) beſtätiget dieſen Unterſchied, wenn er ſagt: Quod autem ait Senatus: *eos, qui bona invasissent,* loquitur de *praedonibus,* id est, de his, qui, cum scirent, ad se non pertinere hereditatem, invaserunt bona; scilicet, *cum nullam causam haberent possidenti;* und an einem andern Orte[46]) ſagt eben dieſer Juriſt: Pro possessore possidet *praedo,* qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, *quia possideo,* nec ullam *causam possessionis* possit dicere, et ideo *fur* et *raptor* petitione

43) *L.* 7. *D. de iur. et facti ignor. Io. Frid. Wilh.* Schlegel Diss. de discrimine inter possessionem bonae et malae fidei, eiusque effectu civili sec. iuris Rom. principia. *Havniae* 1790. 8. Sect. I. §. 5. et B. Branchu Observat. ad ius Rom. Decad. I. in Addend. pag. 227. seqq.

44) *L.* 25. §. 6. *D. h. t.*

45) *L.* 25. §. 3. *D. h. t.*

46) *L.* 11. §. 1. *L.* 12. *L.* 13. *pr. D. h. t.*

tione hereditatis tenentur. Hingegen lehrt eben dieſer Ulpian[47]): Nemo *praedo* est, *qui pretium numeravit.* Jedoch wird auch nicht ſelten das Wort *praedo* für einen jeden unredlichen Beſitzer genommen, und dem Beſitzer in gutem Glauben entgegen geſetzt[48]).

Ein malae fidei possessor kann nun entweder gleich Anfangs ein ſolcher ſeyn, oder in der Folge durch den Prozeß ein ſolcher werden. Hierher gehören folgende Stellen der Pandecten.

1) *L.* 20. §. 11. *D. h. t.* wo Ulpian ſagt: Ex quo quis scit a se peti, incipit esse malae fidei possessor, id est, *cum primum aut denuntiatum esset.* Quid ergo, si scit quidem, nemo autem ei denunciavit? an incipiat usuras debere pecuniae redactae? Et puto debere: *coepit enim malae fidei possessor esse.*

2) *L.* 25. §. 7. *D. eodem.* Si ante litem contestatam, inquit (sc. Senatusconsultum), fecerint. Hoc ideo adiectum, ſetzt Ulpian zur Erläuterung hinzu, quoniam *post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse*: quinimo *post controversiam motam.* Quanquam enim litis contestatae mentio fiat in Senatusconsulto, tamen et *post motam controversiam* omnes possessores pares fiunt, et quasi *praedones* tenentur. Et hoc

Mm 2 iure

47) *L.* 13. §. 8. *D. h. t. L.* 126. *D. de Reg. iur.* dieſen iſt *L.* 5. *D. de acquir. vel amitt. poss.* nicht entgegen. Man ſehe Walch ad Eckhardi Hermeneutic. iuris Lib. I. §. 206. pag. 381. sq.

48) *L.* 31. §. 3. *L.* 38. *L.* 39. §. 1. *L.* 40. *pr. L.* 46. *D. h. t.* §. 2. *I. de Officio iud.*

iure hodie utimur: coepit enim scire, rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur. Qui vero praedo est, et ante litem contestatam doli nomine tenebitur.

3) *L.* 31. §. 3. *D. h. t.* Bonae fidei possessor, quia quasi suam rem neglexit, nulli querelae subiectus est ante petitam hereditatem; *postea vero et ipse praedo est.*

4) *L.* 40. *D. eodem.* Hier ſagt Paulus: Illud quoque, quod in Oratione Divi *Hadriani* est, *ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset hereditas*, interdum durum est: quid enim, si post litem contestatam mancipia aut jumenta, aut pecora deperierint? damnari debebit secundum verba Orationis: quia potuit petitor, restituta hereditate, distraxisse ea. Et hoc iustum esse in specialibus petitionibus *Proculo* placet. *Cassius* contra sensit. In praedonis persona *Proculus* recte existimat: in bonae fidei possessoribus *Cassius.* Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere.

Mit Recht wird hier jeder Nachdenkende fragen, wie man ſich das erklären ſolle, wenn in den angeführten Geſetzſtellen geſagt wird, daß durch die Entſtehung des Prozeſſes der vorher redliche Beſitzer in einen unredlichen verwandelt werde? Wie ſoll das bloße Anſtellen einer Klage, und die Rechtsvertheidigung des Beklagten in dieſem ein Bewußtſeyn hervorbringen, daß dem Kläger an der in Anſpruch genom-

nommenen Erbſchaft ein Recht zukomme, da ja der Fall nicht ſelten iſt, daß erſt durch das Beweisverfahren der Kläger ſein Recht darzuthun vermag? Träte die **mala fides** erſt vom Moment der wirklichen Litiscontestation ein, ſo könnte man allenfalls einen Grund in der Ueberein⸗kunft der Partheien finden, daß die in Anſpruch genom⸗mene Sache in dem Zuſtande gelaſſen werden ſolle, in welchem ſie ſich zur Zeit der Litiscontestation befand[49]). Allein Ulpian rechnet ja den Anfang der **mala fides** des Beklagten ſogar auf die Zeit zurück, da derſelbe von der wider ihn erhobenen Klage die erſte Wiſſenſchaft er⸗hielt, und führt den Grund an[50]), *coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur.* Dieß ſcheint der Vernunft unerklärbar zu ſeyn. Cornelius van Bynkershök[51]) glaubt daher, Ulpians Regel müſſe aus der römiſchen Pro⸗zeßordnung erklärt werden, nach welcher der Kläger dem Beklagten noch vor der Litiscontestation gleich bey der Ediction der Klage diejenigen Urkunden und Beweiſe mitthei⸗len mußte, deren er ſich künftig beym Judex Pedaneus be⸗dienen wollte, um den Beklagten dadurch in den Stand zu ſetzen, bey ſich zu überlegen, ob er mit dem Kläger ſtreiten oder lieber nachgeben wolle[52]). *Si me audias*, ſagt daher dieſer berühmte Holländer, *sola editio instrumen- torum,*

49) *L.* 2. *D. de Usur. et fruct.* S. dieſes Commentars 6. Th. §. 503. S. 199. folg.

50) *L.* 25. §. 7. *D. h. t.*

51) **Observation. iuris Rom. Tom. II. Lib. VIII. cap. 12. pag. 320. (edit.** ***Heineccianae*** **Francof. et Lipsiae 1739. 4.)**

52) *L.* 1. §. 3. *D. de edendo.* S. den 4. Thl. dieſes Commentars §. 286. S. 34.

torum, ante litem contestatam, in causa fuit, cur vulgo apud Romanos post litem contestatam bonae fidei possessor conditionem mutaverit. Fügte nun der Kläger in einem gegebenen Falle die Beweiſe nicht gleich der Klage bey, oder die Beweiſe waren nicht ſo beſchaffen, daß ſie den Beklagten ſofort von der Rechtmäßigkeit des klägeriſchen Anſpruchs vollkommen überzeugten, es ließen ſich noch immer nicht unerhebliche Einwendungen dagegen machen; ſo daure die **bona fides** des Beſitzers auch noch während des Prozeſſes fort; denn ſeine Vertheidigung ſey gerecht. *Non enim videtur moram facere, qui sine dolo malo ad iudicium provocat*[53]). Hieraus laſſe ſich nun auch erklären, wenn Paulus[54]) ſagt, der **bonae fidei possessor** dürfe nicht für den Zufall haften, wenn auch während des Prozeſſes Sachen der Erbſchaft ohne ſeine Schuld zu Grunde gegangen wären, und zwar aus dem höchſt billigen Grunde: *nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere.* Eben hieraus erkläre ſich ferner, wenn derſelbe Paulus an einem andern Orte[55]) ſage, daß man, um zu beurtheilen, ob und wie weit der **bonae fidei possessor** durch die Erbſchaft bereichert ſey, auf das *tempus rei iudicatae* ſehen müſſe; und es ſey nun gar kein Grund vorhanden, mit Hugo Donellus in dieſer letzten Stelle eine fehlerhafte Leſeart anzunehmen, oder das nothgedrungene Geſtändniß abzulegen, PAULO *vel* TRIBONIANO *in relatione huius sententiae somnum obrepsisse.* Das Reſultat dieſer Bynkers-

53) *L.* 63. *D. de Reg. iuris.*

54) *L.* 40. *D. h. t.*

55) *L.* 36. §. 4. *D. h. t.*

kershökiſchen Meinung iſt zuletzt in den Worten zuſammengefaßt: „Ex his intelligimus, ſagt er, regulam iuris Romani, *omnes possessores post litem contestatam fieri praedones*, esse scriptam de eo, quod accidit *ἐπὶ τό πλεῖστον*, ut solent leges scribi *L.* 3. *L.* 4. *L* 5. *et L.* 6. *D. de LL.* Plerumquae verum est, edita actione, editisque instrumentis, reum scire posse, se rem alienam possidere. Si non possit, et bona fide litem contestetur, bonae fidei possessor manet ad usque rem iudicatam, ut est in *L.* 40. *pr. et L.* 36. §. 4. *D. de heredit. petit.* Unde ULPIANUS in d. L. 25. §. 7. *D. eodem.* non *dixit*, eum qui interpellatur, depuisse scire, sed *coepisse scire*, rem ad se non pertinere. Quare, si non coeperit scire, contra dicendum est. Bona fides sic manet, donec iudex reum constituat in fide mala et in mora, tenetur enim obtemperare sententiae, sive aequae sive inique, nam Praetor ius reddere dicitur, etiam cum inique decernit.“

Auch Leyſer[56]), Brokes[57]) und Hellfeld läugnen, daß durch die Erhebung des Rechtsſtreits der Beklagte in einen unredlichen Beſitzer umgeſchaffen werde, und wollen Ulpians Regel nur unter der Einſchränkung annehmen, wenn der Beklagte durch des Klägers beygebrachte Beweiſe die Ueberzeugung erhalten hat, daß ihm die innehabende Sache nicht gehöre.

Sollte

56) Meditat. ad Pand. Specim. LXXXIII. medit. 5. Specim. XCIX. medit. 6.

57) Diss. de litis contestatione malam fidem non inferente. *Vitembergae* 1736. et in Observat. select. Obs. 9.

Sollte ſich denn aber die Regel: *poſt litem conteſtatam omnes incipiunt malae fidei poſſeſſores eſſe: quinimo poſt controverſiam motam*, nicht ſchon nach Vernunftgründen vertheidigen laſſen? Oder ſollte es, wie Leyſer behauptet, wirklich gegen Vernunft und Billigkeit ſtreiten, wenn jener Regel zu Folge, ohne Vorausſetzung beygebrachter rechtlicher Beweiſe von Seiten des Klägers, der Beklagte ſogleich von der Zeit an, da er von der wider ihn erhobenen Klage die erſte Wiſſenſchaft erhielt, einem malae fidei poſſeſſor gleich gehalten werden ſoll? Es iſt nicht zu läugnen, daß wenn man jene Regel im buchſtäblichen Verſtande nehmen, und behaupten wollte, daß von Zeit des entſtandenen Prozeſſes an zwiſchen einem redlichen Beſitzer und einem andern malae fidei poſſeſſor gar kein Unterſchied Statt finde, hieraus die größte Unbilligkeit entſtehen würde. Daß dieſes aber auch keinesweges die Meinung der Geſetze ſey, erhellet aus der oben angeführten *L.* 40. *pr. D. h. t.* ganz klar, wo Paulus den Beklagten von der Verbindlichkeit losſpricht, für den Zufall zu haften. Zwar ſieht man aus dem Vortrag dieſes Rechtsgelehrten, daß einige römiſche Rechtsgelehrten wirklich den Satz, daß die Litisconteſtation den redlichen Beſitzer in einen unredlichen verwandle, buchſtäblich aufſtellen, und den Beklagten zur Leiſtung alles deſſen verbinden wollten, was der Kläger gehabt hätte, wenn ihm die Erbſchaft zu der Zeit, da ſie der Kläger in Anſpruch nahm, ſogleich wäre reſtituirt worden. Allein Paulus fand dieſes wenigſtens in dem Falle ſehr hart, wenn Sachen während des Prozeſſes durch Zufall zu Grunde gegangen wären, und der redliche Beſitzer, einem unredlichen gleich, dafür haften ſollte. Durch ſolche übermäßig harte Folgen ſollte Niemand von der Vertheidigung

ſeines

ſeines Rechts abgeſchreckt werden, und die Vortheile des Beſitzes verlieren. Es iſt alſo ſoviel außer Zweifel, daß in Abſicht auf die Präſtation der Unglücksfälle der in Anſpruch genommene **bonae fidei possessor** auch noch nach beantworteter Klage unverändert ein ſolcher bleibe, wenn die Sache bey ihm, ohne ſein Verſchulden zu Grunde geht. Für dieſe haftet er auch während des Prozeſſes nicht, wenn gleich die Fortſetzung deſſelben dazu Veranlaſſung gegeben hätte, und der Schade bey dem Erben ſelbſt nicht geſchehen wäre[58]). Es kommt nun alles noch darauf an, näher zu beſtimmen, wie weit ſich die Wirkungen der **malae fidei** erſtrecken, welche durch die wider den Beſitzer erhobene Klage nach Vorſchrift der Geſetze entſtehen? Dann wird es der Vernunft nicht an Gründen fehlen, die Verordnung der eben angeführten römiſchen Geſetze vollkommen zu rechtfertigen, ohne mit Bynkershök nöthig zu haben, den Grund ſo mühſam in der römiſchen Prozeßordnung aufzuſuchen. Man merke alſo zuvörderſt den Grundſatz, bloß in Abſicht auf Dolus und Kulpa wird der redliche Beſitzer von der Zeit an, da er von der wider ihn erhobenen Klage legale Wiſſenſchaft erhielt, einem **malae fidei possessor** gleich geachtet, dergeſtallt daß er nicht nur

1) für allen poſitiven Schaden haften muß, den er mit Vorſatz, oder durch die geringſte Schuld verurſacht hat[59]); ſondern auch

2) allen

58) *L.* 16. *pr. et* §. 1. *D. de Rei vind. L.* 40. *pr. D. h. t.*

59) *L.* 31. §. 3. *D. h. t. L.* 45. *D. de rei vindicat. L.* 4. §. 2. *D. fin. regundor.*

2) allen entgangenen Gewinn, und alſo auch die **fructus percipiendos**, dem Kläger erſetzen muß, inſofern ſolche der Beklagte mit Anwendung ſeines möglichſten Fleißes hätte gewinnen können[60]).

Es verſteht ſich, daß dieſe Wirkungen der **malae fidei** nur dann zur Sprache kommen, wenn der Beklagte im Rechtsſtreite unterliegt, und der Ausgang des Prozeſſes gelehrt hat, daß das Recht nicht auf des Beklagten Seite war. So bald nun Jemand über eine Sache in Anſpruch genommen wird, ſo iſt es ganz natürlich, daß er von der Zeit an nicht mehr diejenige vollkommene Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit ſeines Beſitzes behalte, die er vorher hatte[61]). Denn er muß ſich nun den Fall als möglich denken, daß der Kläger ein Recht auf die Sache habe, und daß derſelbe, wenn er auch ſeinen Anſpruch noch zur Zeit nicht erwieſen hat, doch ſein Recht vielleicht noch in der Folge ausführen werde. Er muß demnach die Sache als eine bedingt fremde Sache betrachten, und, weil aller Ausgang des Prozeſſes ungewiß iſt, ſich als einen ſolchen Beſitzer anſehen, der vielleicht die Sache, die er bisher in gutem Glauben für die Seinige hielt, dem Kläger reſti=

60) *L.* 1. §. 1. *C. h. t. L.* 22. *Cod. de rei vindicat.* §. 2. *I. de offic. iudic.*

61) Sehr treffend ſagt K. Conſtantin in der *L.* 10. *C. de acquir. vel. retin. poss.* Nemo ambigit, possessionem ita demum esse legitimam, cum omnium adversariorum silentio et taciturnitate firmatur: *interpellatione* vero et *controversia progressa*, non posse eum intelligi possessorem, qui licet possessionem corpore teneat, *tamen ex interposita contestatione*, *et causa in iudicium deducta*, *super iure possessionis vacillet et dubitet.*

reſtituiren muß. Wer wird es nun alſo noch unbillig finden, wenn er von jetzt an auch auf ſie einen höhern Grad von Fleiß verwenden muß, als da, wo er noch unangefochten über die Sache, als ſein vermeintliches unbeſchränktes Eigenthum, ſchalten konnte? Wer wird es nicht vielmehr für ganz vernünftig halten, daß der Beſitzer von jetzt an ſeine Wirthſchaft darnach einrichte, daß ihm, wenn er allenfalls zur Herausgabe der Erbſchaft condemnirt wird, keine verantwortliche Schuld zur Laſt falle? Mit dem beſten Grunde konnten ihn alſo die Geſetze einem unredlichen Beſitzer gleich, zu jedem Erſatz verpflichten, woran ſein Dolus oder Culpa Schuld hatte, wenn nämlich jene Bedingung eintritt, und der Beklagte unterliegt[62]).

Noch iſt zu bemerken, daß ein **bonae fidei possessor** zuweilen auch noch vor dem Anfange des Prozeſſes ein wirklicher **malae fidei possessor** werden kann, wenn er von des Klägers an der Erbſchaft habenden gerechten Anſprüchen, die er anfänglich nicht kannte, nach der Zeit, und ehe noch der Prozeß angegangen iſt, überführt worden, und ihm dennoch die Erbſchaft vorenthalten hat. Dieſer wird ganz nach den Grundſätzen eines **malae fidei possessoris** beurtheilt. Von dieſem Falle redet Ulpian[63]), wenn er ſagt: **De eo autem loquitur Senatus, qui ab initio mente prae-**

62) S. *Barthol.* Chesii Interpretat. iuris (*Liburni* 1657. f.) Lib. II. cap. 23. nr. 30. pag. 119. *Christph. Christ.* Hasse Diss. cit. §. 14. seqq. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 987. Not. 2. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1676. und vorzüglich Gönner im Handbuch des deutſchen gemeinen Prozeßes 2. Band Nr. XXXV. S. 213. ff.

63) *L.* 25. §. 5. *D. h. t.*

praedonis res hereditarias apprehendit. Quodsi ab initio quidem iustam causam habuit adipiscendae possessionis, postea vero conscius, ad se nihil hereditatem pertinere praedonio more versari coepit, nihil Senatus loqui videtur. Puto tamen et ad eum mentem Senatusconsulti pertinere. Parvi enim refert, ab initio quis dolose in hereditate sit versatus, an postea hoc facere coepit.

Aus allem erhellet nun alſo ſoviel, daß der redliche Beſitzer auf zweyerley Art in eine malam fidem verſetzt werden kann.

1) *Naturaliter*, wenn er in der Folge die völlige Ueberzeugung erhalten hat, daß die Sache, die er bisher für die ſeinige gehalten, ihm wirklich nicht zugehöre, ſondern eine fremde Sache ſey. Dieß iſt der Fall, wenn der wahre Erbe oder Eigenthümer die Sache von demjenigen, welcher ſie bisher bona fide beſaß, außergerichtlich abgefordert, oder gerichtlich eingeklagt, und die Rechtmäßigkeit ſeines Anſpruchs ſogleich durch ſolche Beweiſe dargethan hat, welche den Beſitzer von der Unrechtmäßigkeit ſeines Beſitzes überzeugten.

2) *Civiliter*, wenn er zwar noch zur Zeit von der Unrechtmäßigkeit ſeines Beſitzes nicht überzeugt worden iſt, aber doch von der Zeit an, da er legale Wiſſenſchaft von der wider ihn angeſtellten Klage erhalten hat, d. i. da ihm die Klage ad excipiendum iſt mitgetheilt worden, vermöge der Verordnung der Geſetze in Rückſicht gewiſſer rechtlicher Wirkungen einem malae fidei possessori gleichgeachtet wird, nämlich in ſofern, daß, wenn

er

er zur Reſtitution verurtheilt wird, er nun, wie ein Verwalter fremder Güter, Rechnung ablegen, und für jedes imputables Verſehen haften muß[64]). In jeder anderer Rückſicht bleibt er ein **bonae fidei possessor** auch während des Prozeſſes.

§. 568. u. 569.

Unterſchied zwiſchen dem **b.** und **m. f. possessor**, I) in Abſicht auf die Reſtitution der zur Erbſchaft gehörigen Sachen ſelbſt.

Die **hereditatis petitio** geht nun alſo dahin, daß der Beklagte die Erbſchaft nach einem Inventarium oder einer eidlichen Specification ſammt allem, was dazu gehört, reſtituire. Die zur Erbſchaft gehörigen Sachen ſind nun entweder noch in Natur und unbeſchädigt vorhanden, oder nicht. Im erſten Falle reſtituirt ſie der **bonae fidei possessor**, wie der unredliche Beſitzer, ohne Unterſchied. In dem letzten Falle hingegen kommt es darauf an,

I. ob Sachen beſchädiget oder ganz zu Grunde gegangen ſind. Iſt hier der Beſitzer

1) ein **bonae fidei possessor**, und der Schade noch vor entſtandenem Prozeſſe geſchehen, ſo darf er nichts vergüten. Denn die **bona fides** berechtigte ihn, mit der Sache ſo zu ſchalten, als wenn ſie wirklich ſein Eigenthum wäre[65]). Es findet alſo auch keine Zurechnung einer Kulpa Statt.

64) Man ſehe hier noch Weſtphals Syſtem des röm. Rechts über die Arten der Sachen ꝛc. §. 933. und Schlegel **Diss. de discrimine inter possessionem b. et m. fidei. Cap. III. §. 35.**

65) *L. 136. D. de div. reg. iuris.* **Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.**

Statt. Mit Recht ſagt daher Ulpian[66]: *quia quasi suam rem neglexit*, nulli querelae subiectus est *ante petitam hereditatem*. Iſt hingegen der Schade erſt während des Prozeſſes geſchehen, ſo muß ihn der b. f. possessor erſetzen, wenn er auch durch das geringſte Verſehen geſchehen wäre. Ulpian ſagt: *Postea* vero et ipse *praedo* est[67]). Wenn aber erbſchaftliche Sachen durch einen Unglücksfall verloren gegangen ſind, ſo kommt es darauf an, ob der vorher redliche Beſitzer ſogleich naturaliter durch die beygebrachten Beweiſe des Klägers in malam fidem verſetzt worden iſt, oder bloß civiliter. Im erſten Falle muß er für den Schaden haften, ſofern die Fortſetzung des Beſitzes daran ſchuld iſt; in dem letzten Falle hingegen erſetzt er nichts[68]). Daher wird in Rückſicht deſſen, was durch Unglücksfälle von der Erbſchaft verloren gegangen iſt, auf die Zeit der Verurtheilung geſehen[69]).

2) Der gleich Anfangs unredliche Beſitzer hingegen muß nicht nur jeden Schaden erſetzen, den er mit Vorſatz oder durch irgend ein Verſehen verurſacht hat[70]); ſondern er haftet auch für die Unglücksfälle; jedoch mit dem Unterſchiede,

66) *L.* 31. §. 3. *D. h. t.*

67) *L.* 31. *cit. L.* 45. *D. de Rei vindicat. L.* 4. §. 2. *D. fin. regundor.*

68) *L.* 40. *pr. D. h. t. L.* 16. *pr. D. de Rei vindicat.* Hasse cit. Diss. §. 20. Weſtphal Syſtem des röm. Rechts von den Arten der Sachen §. 934.

69) *L.* 36. §. 4. *D. h. t.* Weſtphals Commentar über die Geſetze von Vorlegung und Eröffnung der Teſtamente §. 450.

70) *L.* 25. §. 2. *D. h. t.*

ſchiede, daß der praedo im eigentlichen Verſtande, der gar keinen Rechtstitel für ſich hat, unbedingt [71]), ein anderer malae fidei possessor aber nur inſofern verurtheilt werden kann, als der Zufall die Sache bey dem Kläger nicht betroffen haben würde [72]), welches dem Kläger zu beweiſen obliegt [73]). Der Unterſchied, den einige Rechtsgelehrten noch bey dem m. f. possessore simplici machen wollen, ob der Unglücksfall ſich vor entſtandenem Prozeſſe oder erſt während demſelben ereignet hat, iſt in den Geſetzen nicht gegründet, und wird daher von andern um ſo mehr verworfen, weil der Beklagte, welcher gleich von Anfang ſeines Beſitzes an in mala fide iſt, ſich auch ſchon vor dem Prozeß ohne Zweifel in mora befindet [74]).

II. Sind Erbſchaftsſachen veräußert, oder conſumirt, ſo iſt wieder zu unterſcheiden.

1) Iſt

71) *L.* 40. *D. h. t. L.* 7. §. *fin. D. de cond. furt. L.* 1. §. 34. *L.* 19. *D. de vi L.* 2. *Cod. de cond. furtiva.* de Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 19. Hofacker Princip. iur. civ. T. II. §. 1679. Malblank Dig. T. II. h. t. §. 379.

72) *L.* 20. §. *fin. D. h. t. L.* 15. §. *ult. D. de Rei vindicat.* Vergleicht man beyde Stellen mit einander, ſo kann wohl die *L.* 20. §. *fin.* anders nicht als hypothetiſch verſtanden werden, nämlich wenn der Kläger Gelegenheit gehabt hätte, die Sache zu veräußern. S. Jensius in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 36. und Weſtphal Syſtem des R. R. von den Arten der Sachen §. 929.

73) Cocceji c. l. Hofacker c. l. §. 1677. in fin.

74) Wernher Observat. for. T. I. P. IV. Obs. 214. nr. 127. Westenberg Princip. iuris sec. ord. Digest. h. t. §. 31. Malblank Digest. h. t. §. 379. Hofacker c. l. §. 1677. et 1679.

1) Iſt der Beklagte ein *bonae fidei poſſeſſor*, ſo haftet er für das, was ſchon vor entſtandenem Prozeß nicht mehr da war, nur inſoweit, als er durch den Werth oder durch den Genuß reicher geworden iſt. 'Consuluit Senatus bonae fidei possessoribus, ſagt Ulpian[75]), ne in totum damno adficiantur, sed in id duntaxat teneantur, *in quo locupletiores facti sunt*. Quemcunque igitur sumtum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt, perdiderunt, *dum re sua se abuti putant*, non praestabunt: nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur; quamvis ad remunerandum aliquem naturaliter sibi obligaverunt. Planae si *αντιδωρα*, id est, remunerationes acceperunt, dicendum est, eatenus locupletiores factos quatenus acceperunt, velut genus quoddam hoc esset permutationis. Was alſo der redliche Beſitzer vor entſtandenem Prozeß von der Erbſchaft verſchwendet und verſchenkt hat, erſetzt er nicht, wenn er nicht etwa dafür von dem Beſchenkten eine Remuneration erhielt. Hat hingegen der b. f. possessor bloß von der Erbſchaft gelebt, und während der Zeit ſein eigenes Vermögen nicht angreifen dürfen; ſo iſt er um ſo viel bereichert, als er in dieſer Zeit an dem Seinigen erſpart und zurückgelegt hat. Dieß muß er alſo dem Kläger vergüten. Wenn er aber um der Erbſchaft willen beſſer gelebt, und mehr hätte darauf gehen laſſen, als er nach ſeiner vormaligen Art zu wirthſchaften, von ſeinem eigenen Vermögen ausgegeben haben würde, ſo wird bloß darauf geſehen, wie er vorher ſeine ökonomiſche Einrichtung zu

75) *L*. 25. §. 11. *D. h. t.* Was dagegen *Bern*. Autumnus in Cens. Gallic. ad h. L. erinnert hat, iſt ganz ohne Grund, wie *Ulr*. Huber in Eunom. Rom. pag. 281. gezeigt hat.

zu machen pflegte. Was er darüber verzehrt hat, iſt als Verſchwendung anzuſehen, welche ihm zu gute geht. Ulpian[76]) ſagt: Quod autem quis ex hereditate erogavit, utrum totum decedat, an vero pro rata patrimonii eius? utputa penum hereditarium ebibit, utrum totum hereditati expensum feratur, an aliquid et patrimonio eius: ut in id factus locupletior videatur, quod solebat ipse erogare ante delatam hereditatem? ut si quid lautius contemplatione hereditatis impendit, in hoc non videatur factus locupletior, in statutis vero suis sumtibus[77]) videatur factus locupletior, utique enim et si non tam laute erogasset, aliquid tamen ad victum quotidianum erogasset. Nam et D. *Marcus* in causa Pythodori, qui rogatus erat, quod sibi superfuisset, ex hereditate reddere, decrevit, ea, quae alienata erant, non minuendi fideicommissi[78]), nec pretium in corpus patrimonii Pythodori rediisse; et ex proprio Pythodori patrimonio, et ex hereditate decedere, non tantum ex hereditate[79]). Et nunc igitur statuti sumtus

76) *L.* 26. §. 16. *D. h. t. Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 3. findet hier nichts als Tribonianismen. Man ſehe aber dagegen HUBER Eunomia Rom. pag. 283.

77) Statuti sumtus heißen hier nicht, wie Anton Faber meint, nothwendige Ausgaben, ſondern gewöhnliche Ausgaben, ſo wie ſie der Beklagte, vor erhaltener Erbſchaft, nach der ihm eigenen Art zu wirthſchaften, zu machen pflegte. S. Weſtphals Commentar §. 445.

78) Hier iſt das Wort causa zu ergänzen.

79) Das Fideicommiß, was mit der Clauſel, wenn etwas von der Erbſchaft übrig bleiben wird, war hinterlaſſen worden, berechtigte vor Juſtinians Nov. 108. den Fiduciar, die ganze Erbſchaft aufzuzehren. Derſelbe durfte nur nicht dieſe Befugniß argliſtigerweiſe, um das Fideicommiß zu vermindern, oder zu unterſchlagen, mißbrauchen. Er durfte auch von den Erbſchaftsſachen nichts in ſein Vermögen verwenden. Hat er alſo Kaufgelder aus veräußerten Erbſchaftsſachen zu ſeinem Vermögen geſchlagen, oder er hat für das Geld andere Sachen angeſchafft, ſo muß das alles dem Fideicommiſſar reſtituirt werden. *L.* 70. *et* 71. *D. de legat. II.* Auch die Ausgaben, die er von der Erb-

sumtus utrum ex hereditate decedent exemplo rescripti D. *Marci*, an ex solo patrimonio, videntum erit. Et verius est, ut ex suo patrimonio decedant ea, quae, etsi non heres fuisset, erogasset[80]). Hat der b. f. possessor Schulden gemacht, und dafür Sachen der Erbſchaft zum Pfande gegeben, ſo muß er dieſelben aus ſeinem Vermögen einlöſen, und darf hier der Erbſchaft nichts anrechnen. Simili modo, ſagt Ulpian[81]), mutuam pecuniam accepit, quasi dives se deceperit. *Si tamen pignori res hereditarias dedit*, videndum, an vel sic attingatur hereditas? Quod est difficile[82]), cum ipse sit obligatus. Wie aber, wenn der b. f. possessor erbſchaftliche Sachen noch vor entſtandenem Prozeß veräußert hat, durch deren Werth er zur Zeit der wider ihn angeſtellten Klage nicht mehr bereichert iſt, könnte nicht etwa der Erbe gegen den Käufer die Eigenthumsklage anſtellen, ſofern er ſolche noch nicht uſucapirt hat? Es iſt mit Ulpian[83]) ein Unterſchied

Erbſchaft beſtritten hatte, konnten nach den Geſetzen der Pandecten nicht bloß von der Erbſchaft abgerechnet werden, ſondern hatte der Fiduciar ein eigenes Vermögen, ſo mußten ſie nach dem Verhältniß deſſelben repartirt werden. Z. B. wenn das Vermögen 2000, die Erbſchaft 1000 betrug, und der Fiduciar 600 verzehrt hatte, ſo mußte er 400 auf jenes, und 200 auf dieſe rechnen. *L.* 3. §. 2 *D. de Usur. L.* 54. *D. ad SCtum Trebell.* Nach der Nov. 108. fällt alles dieß weg, vermöge welcher der Erbe über drey Viertel der Erbſchaft frey diſponiren kann. S. *Io. Aug.* Reichardt Diss. de fideicommisso eius, quod superfuturum erit. *Ienae* 1785.

80) Das Reſcript des K. Marcus redet zwar von einem ganz andern Falle, als von welchem Ulpian handelt; und inſoweit hat Faber gar nicht unrecht. Allein Ulpian will auch daraus kein Argument hernehmen; ſondern es iſt gleichſam nur ein Problem, ob nicht etwa die Analogie jenes Reſcripts hier eintrete, welches nun aber Ulpian ausdrücklich läugnet. S. Huber Eunom. Rom. pag. 284.

81) *L.* 25. §. 13. *et* 14. *D. h. t.*

82) *Quod est difficile* heißt hier ſoviel, als: quod est negandum. S. Weſtphals angef. Commentar. §. 448.

83) *L.* 25. §. 17. *D. h. t.*

terſchied zu machen, ob der Käufer gegen den Verkäufer den Regreß nehmen kann, oder nicht; in dem erſten Falle hat die Klage nicht Statt, wohl aber in dem letztern. Puto posse res vindicari, ſagt er, *nisi emtores regressum ad bonae fidei possessorem habent.*

Was nun hingegen der b. f. possessor während des Prozeſſes veräußert, verſchwendet, oder aufgezehrt hat, das muß er, einem malae fidei possessor gleich, erſetzen, er mag dadurch bereichert ſeyn, oder nicht, ſofern ihm nämlich eine Schuld beigemeſſen werden kann, daß er nicht bereichert iſt [84]). Denn gleich von Zeit der erhobenen Klage an, iſt ihm alle Veräußerung verboten, wenn auch noch nicht lis conteſtirt worden iſt [85]), wofern er nicht etwa den Kläger durch Bürgſchaft, die Jemand für ihn leiſtet, ſicherſtellt, oder ihm die Veräußerung in ſolchen Fällen, wo es die Nothwendigkeit, oder der Nutzen der Erbſchaft erfordert, von dem Richter erlaubt wird [86]). Da durch jene Kaution der Erbe wegen des Werths der ganzen Erbſchaft auf jeden Veräußerungsfall ſicher geſtellt wird, ſo kann man ſich daraus

 erklä-

84) *L.* 20. §. 6. *et* 16. *D. eod.* Weſtphal im angef. Commentar §. 411.

85) *Ant.* FABER in Rational. ad L. 5. D. h. t. *Franc. de* AMAYA Observation. iuris Lib. III. cap. 2. nr. 36.

86) *L.* 5. *pr. D. h. t.* Divus *Pius* rescripsit, prohibendum possessorem hereditatis, de qua controversia erit, antequam lis inchoaretur, aliquid ex ea distrahere: *nisi maluerit pro omni quantitate hereditatis, vel rerum eius restitutione satisdare.* Causa enim cognita, et si non talis data sit satisdatio, sed solita cautio etiam post litem coeptam, deminutionem se concessurum, Praetor edixit: ne in totum deminutio impedita in aliquo etiam utilitates aliquas impediat: utputa si ad funus sit aliquid necessarium. (Nam funeris gratia deminutionem permittit.) Item si futurum est, ut, nisi pecunia intra diem solvatur, pignus distrahatur. Sed et propter familiae cibaria necessaria erit deminutio. Sed et res tempore perituras permittere debet Praetor distrahere.

erklären, wenn Javolen[87]) ſagt: In aestimationibus hereditatis ita venit pretium venditae hereditatis, ut id quoque accedat, quod plus fuit in hereditate, si ea *negotiationis causa veniit.* Sin autem ex *fideicommissi causa*, nihil amplius, quam quod bona fide accedit. Ich bin hier mit Anton Faber[88]), den Weſtphal[89]), wie mir dünkt, ganz ohne Grund tadelt, vollkommen überzeugt, daß in dieſer Stelle von freywilligen Veräußerungen erbſchaftlicher Sachen die Rede ſey, welche der b. f. possessor nach entſtandenem Prozeſſe unternommen hat. Denn wegen deſſen, was derſelbe vor dem Prozeß veräußert hat, erſetzt er nie mehr, als er erhalten hat, und dieß iſt auch denn der Fall, wenn ihn der Teſtirer ſelbſt gebeten hat, die Erbſchaft gegen Empfang eines gewiſſen Werths, einem andern, als ein Fideicommiß, abzutreten. Veräußert er hingegen während des Prozeſſes freywillig, wie Jenſius[90]) das *negotiationis causa* verſteht, ſo haftet er, ſeiner Caution zu Folge, für den wahren Werth, wenn er gleich weniger dafür gelöſet hätte. Es iſt alſo gar nicht nöthig hier eine beſondere Meinung des Javolens mit Weſtphal anzunehmen.

Hat der Beſitzer einer Sache, welche er von der Erbſchaft verkauft hatte, nachher wieder erhalten; er hat ſie z. B. in der Folge wohlfeiler zurück erkauft[91]), ſo entſteht die Frage, ob der Kläger die Wahl habe, die Sache ſelbſt oder deren Werth zu for=

87) *L.* 48. *D. h. t.*

88) Rational. ad L. 48. D. cit.

89) Im angef. Commentar §. 421.

90) Strictur. ad Rom. iur. Pandect. p. 38.

91) *L.* 22. *D. h. t.* ſagt: Si et rem et pretium habeat b. f. possessor, puta quod eandem rem emerit. Die Basilica Tom. V. pag. 551. leſen hier beſſer: ἀνταγοράσας d. i. redemerit, ſtatt rem emerit, und *Io.* Leunclavius Notator. lib. II. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 1508.) bemerkt, daß dieſe Leſeart auch in einigen Manuſcripten der Pandecten vorkomme.

fordern? Bey einem malae fidei possessore iſt es keinem Zweifel unterworfen, theils daß der Kläger die Wahl habe, entweder die Sache ſelbſt oder den ganzen Werth derſelben zu fordern: theils wenn er die Sache ſelbſt fordert, den Gewinn, den der Beklagte bey dem Verkauf und nachmaligen Wiederkauf der Sache gemacht hat, verlangen könne. Allein iſt der Beklagte ein bonae fidei possessor, ſo hat dieſer die Wahl, ob er die Sache, oder den empfangenen Werth zurückgeben wolle. Da aber doch der b. f. possessor von dem Verkauf der Sachen keinen Gewinn behalten ſoll, ſo muß er, wenn er das erſte wählt, auch den Ueberſchuß des empfangenen Werths zurückgeben[92]). Ob nun alſo und wieweit der b. f. possessor bereichert ſey, ergiebt ſich freylich aus den Umſtänden zur Zeit der erhobenen Klage. Da indeſſen der b. f. possessor für keine Unglücksfälle haftet, ſo läßt ſich daraus erklären, wenn die Geſetze ſagen, daß in Abſicht auf die Bereicherung deſſelben auf die Zeit der Verurtheilung zu ſehen ſey[93]).

2) Iſt hingegen der Beklagte ein malae fidei possessor, ſo kommt es darauf an, ob die Veräußerung für die Erbſchaft nöthig oder nützlich war. Z. B. er hat unnütze Sachen verkauft, die die Erbmaſſe nur beläſtigten, oder welche mit der Zeit verdorben wären, oder die Veräußerung war nöthig, um dringende Erbſchaftsſchulden davon zu bezahlen. In dieſem Falle kann von dem Beſitzer nur der wahre, oder der empfangene höhere Werth gefordert werden, wenn gleich die Sache noch bey dem Käufer vorhanden wäre. Iſt hingegen die Veräußerung ohne alle Urſache geſchehen, ſo iſt entweder die Sache noch bey dem Käufer, und zwar unverletzt, vorhanden, oder nicht. In dem erſten Falle hat

92) *L.* 22. *D. h. t.* — Oportet igitur possessorem et rem restituere petitori, et quod ex venditione eius rei lucratus est. S. Noodt Commentar. ad Dig. h. t. pag. 183. seq. Huber Eunom. Rom. pag. 277. seq. und Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1678.

93) *L.* 40. *pr. D. h. t.* *L.* 36. §. 4. *D. eodem.* S. Pothier Pand. Iustin. T. I. h. t. nr. XLIII. not. b. und Weſtphals Commentar §. 449. u. 450.

hat der Kläger die Wahl, ob er die Sache mit den Früchten, oder den Werth mit den Zinſen fordern will. Kann der Beklagte die veräußerte Sache in Natur nicht wieder ſchaffen, ſo braucht ſich der Kläger nicht mit dem Werthe zu begnügen, den der Beklagte dafür empfangen hat, ſondern er kann den Werth mittelſt Eides beſtimmen. In dem letzten Falle hingegen, wenn die veräußerte Sache bey dem Käufer verunglückt iſt, könnte man vielleicht denken, die Klage falle nun weg, wenn die Sache auch bey ihm auf die nämliche Art zu Grunde gegangen ſeyn würde; weil derjenige, welcher dolo zu beſitzen aufgehört hat, eben ſo verurtheilt werden ſoll, als ob er noch im Beſitz wäre. Hätte er nun aber nicht veräußert, ſo würde ihn der Unglücksfall von der Reſtitution der Sache und deren Werths befreyet haben. Allein dann würde ja der malae fidei possessor dabey gewinnen. Der Kläger kann alſo wenigſtens den wahren Werth verlangen, weil er, wenn er die Sache gehabt hätte, ſolche hätte verkaufen können. Wäre die Sache über ihren wahren Werth verkauft worden, ſo muß der malae fidei possessor auch dieſen Gewinn dem Kläger herausgeben. Auf dieſe Art, glaube ich, laſſen ſich die hierüber ſprechenden Stellen der Pandecten mit einander füglich vereinigen, welche folgendermaßen lauten:

L. 20. §. 2. *D. h. t.* Simili modo etsi fundum hereditarium distraxit, si quidem *sine causa*, et ipsum fundum et fructus in hereditatis petitionem venire. Quodsi *aeris exsolvendi gratia hereditarii* id fecit, non amplius venire, quam pretium.

L. 53. *D. eodem.* Non solum ad aes alienum hereditarium exsolvendum necessaria alienatio possessori est, sed et si impensae necessariae in rem hereditariam factae sunt a possessore, vel si mora periturae deterioresve futurae erant.

L. 20. §. 12. *D. eod.* Haec adversus bonae fidei possessores. Nam ita Senatus locutus est: *eos, qui se heredes existimassent.* Caeterum si quis sciens, ad se hereditatem non pertinere, distraxit; sine dubio non pretia rerum, sed ipsae res viniunt in petitionem hereditatis et fructus eorum. Sed imperator Severus

epistola

epistola ad *Celerem* idem videtur fecisse et in malae fidei possessoribus. Atquin Senatus de his est locutus, qui se heredes existimant. Nisi forte ad eas *res referemus, quas distrahi expedierat, quae onerabant* magis hereditatem, quam fructui erant: ut sit in arbitrio petitoris, qualem computationem faciat adversus malae fidei possessorem, utrum ipsius rei et fructum, an pretii et usurarum post motam controversiam. Die Epistola *Severi* ad Celerem, deren hier Ulpian gedenkt, iſt das Reſcript dieſes Kaiſers, welches *L. 1. C. de his, quibus ut indignis* befindlich iſt. Es handelt eigentlich von einem wahren Erben, der ſich aber der Erbſchaft dadurch unwürdig gemacht hat, daß er den gewaltſamen Tod des Erblaſſers zu rächen unterließ. Ein ſolcher wird L. 1. auch ſchon vor erhobener fiskaliſchen Klage für einen malae fidei possessor erklärt, quia debitum officium pietatis sciens omisit. Hat dieſer alſo erbſchaftliche Sachen veräußert, ſo ſoll er den Werth mit den Zinſen erſetzen. Dieſe Verordnung ſucht Ulpian hier mit dem Senatusconſultum, mit deſſen Erklärung er ſich beſchäftiget, zu vereinigen. Das Senatusconſultum ſpricht von bonae fidei possessoribus; und auch dieſe ſollen den Werth der vor entſtandenem Prozeſſe veräußerten Sachen reſtituiren, wenn gegen ſie erkannt worden. Bey den malae fidei possessoribus ſollte es alſo anders ſeyn. Ohne Zweifel ſollte der malae fidei possessor nicht den Werth der Sache, ſondern die Sache ſelbſt mit den Früchten reſtituiren. Ulpian ſchlägt nun einen doppelten Weg ein, um beide Geſetze, das SCtum mit dem Reſcript des Kaiſers Sever zu vereinigen. Entweder das Reſcript iſt bloß von ſolchen Fällen zu verſtehen, wo die Veräußerung für die Erbſchaft nöthig oder nützlich war; oder es iſt ſo zu erklären[94]), daß es dem Kläger die Wahl läßt, ob er die Sache mit den Früchten, oder den Werth nebſt den Zinſen verlangen wolle, wenn er ſich bey dem letztern beſſer befindet. Amaya[95]) glaubt indeſſen, es gebe

94) Der ganze Zuſammenhang lehrt, daß man ſtatt: ut sit in arbitrio leſen müſſe: *aut sit in arbitrio,* wie Weſtphal in dem angef. Commentar §.422. S.267. behauptet, oder es iſt das Wörtchen *vel* mit POTHIER in Pandect. Iustin. h. t. nr. XXXIV. not. d. einzuſchalten.

95) Observation. iuris Lib. III. cap. 2. nr. 74. sqq.

gebe noch einen andern Weg der Vereinigung, wenn man annimmt, das Reſcript des Severs habe in dem Falle, wovon es ſpricht, aus beſonderer Milde und zu Gunſten des Erben wider den Fiskus entſchieden, wie dieſes bey gutgeſinnten römiſchen Kaiſern öfters der Fall geweſen. Allein daß Sever den Erben habe favoriſiren wollen, läßt ſich, wie mir dünkt, aus den Worten: Usuras autem semisses dependere, *satis est*, noch nicht ſchließen.

L. 20. §. 21. *D. h. t.* Restituere autem pretia debebit possessor, etsi deperditae sint res, vel deminutae. Sed utrum ita demum restituat, si bonae fidei possessor est, an et si malae fidei? Et si quidem res apud emtorem extent, nec deperditae, nec deminutae sunt, sine dubio ipsas res debet praestare malae fidei possessor: aut si recipere eas ab emtore nullo modo possit, tantum, *quantum in litem esset iuratum.* At ubi perditae sunt, et deminutae, verum pretium debet praestari: quia si petitor rem consecutus esset, distraxisset, et verum pretium rei non perderet.

L. 33. §. 1. *D. eod.* Iulianus scribit, si hominem possessor distraxerit, si quidem non necessarium hereditati, petitione hereditatis pretium praestaturum. Imputaretur enim ei, si non distraxisset. Quodsi necessarium hereditati: siquidem vivit: ipsum praestandum. Si decesserit; fortassis nec pretium[96]). Sed non passurum iudicem, qui cognoscit pretium lucrari, scribit. Et verius est.

L. 36. §. 3. *D. eodem.* Si praedo dolo desiisset possidere, res autem eo modo interierit, quo esset interitura etsi eadem causa possessionis mansisset, quantum ad verba Senatusconsulti melior est causa praedonis, quam bonae fidei possessoris, quia praedo, si dolo desierit possidere, ita condemnatur, atque si possideret, nec adiectum esset, *si res interierit.* Sed non est dubium, quia non debeat melioris esse conditionis, quam bonae fidei possessor. Itaque et si pluris venierit res, electio debebit esse actoris, ut pretium consequatur. Alioquin lucretur aliquid praedo[97]).

Nach

96) Wenn nämlich der Unglücksfall ein ſolcher iſt, wodurch die Sache bey dem Kläger ſelbſt zu Grunde gegangen ſeyn würde.

97) Man ſehe über dieſe Stelle Weſtphals angef. Commentar §. 429.

Nach dieſen Stellen ſcheint mir alſo der Unterſchied, den mehrere Rechtsgelehrten[98]) auch bey dem malae fidei possessor machen, ob nämlich die Veräußerung vor oder nach der Litisconteſtation geſchehen iſt, ganz irrelevant zu ſeyn.

§. 570.

II) In Abſicht auf die Reſtitution der Früchte und Zinſen.

Da die Erbſchaftsklage auch auf die Acceſſionen der Erbſchaft geht, ſo iſt nun ferner die Frage zu erörtern, in wiefern der Beſitzer die Früchte dem Kläger reſtituirt? Auch hier iſt der Unterſchied zwiſchen dem bonae und malae fidei possessor ſehr wichtig. Soviel alſo

I) den bonae fidei possessor anbetrifft, ſo iſt

1) in Anſehung der vor entſtandenem Prozeſſe gezogenen Früchte, außer Zweifel, daß er diejenigen, welche zur Zeit der erhobenen Klage noch exiſtirten, reſtituiren müſſe[99]). Denn dieſe ſind als ein Theil der Erbſchaft anzuſehen[100]). Sie brauchen daher nicht beſonders gefordert zu werden, ſondern ſind in der Forderung der Erbſchaft überhaupt ſchon mit eingeſchloſſen[1]). Waren hingegen die Früchte ſchon vor dem Prozeß conſumirt, ſo iſt er ſolche zu reſtituiren nicht verbunden, außer in ſoweit er dadurch noch jetzt bereichert iſt[2]). Es wollen zwar einige Rechtsgelehrten[3]) den b. f. possessor von der Reſtitution der vor dem Prozeß conſumirten Früchte unbedingt freyſprechen, und für dieſe Meinung ſcheint auch eine Stelle in den Inſtitutionen des K. Juſtinian[4]) zu ſprechen, wo es heißt: Et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quae diximus intervenire in singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, in utraque actione eadem ratio paene habetur, si praedo fuerit; si vero bona fide

98) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 18. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1678. Malblank Dig. h. t. §. 378. nr. III.

99) S. *Fr. de* Amaya Observat. iur. lib. III. cap. 2. nr. 47. seqq.

100) *L.* 40. §. 1. *D. h. t. L.* 20. §. 3. *D. eodem.*

1) *L.* 2. *C. eodem.* wo es heißt: *Fructibus enim augetur hereditas,* cum ab eo possidetur, a quo peti potest.

2) *L.* 1. §. 1. *C. h. t.* Ante litis contestationem — fructus bonae fidei possessores reddere cogendi non sunt, *nisi ex his locupletiores extiterint.*

3) Man ſehe z. B. *Io. Iac. de* Hoefler Diss. de immunitate b. f. possessoris a restitutione fructuum. *Helmstadii* 1761. §. 13.

4) §. 2. *I. de offic. iudic.*

fide possessor fuerit, *non habetur ratio consumtorum*, neque non perceptorum. Allein es iſt ſchon von andern [5]) erinnert worden, daß ſich die Verfaſſer der Inſtitutionen aus Liebe zur Kürze nicht immer richtig und beſtimmt genug ausgedrückt haben. Denn daß der Beſitzer jeden Gewinn herausgeben muß, den er aus der Erbſchaft gezogen hat, ſagen nicht nur die Geſetze [6]) ausdrücklich, ſondern eben dieß iſt auch der Natur der Erbſchaft gemäß, bey welcher, als einer universitas iuris, der Werth an die Stelle der Sache tritt [7]). Eine Ausnahme findet jedoch bey demjenigen Statt, welcher die Erbſchaft noch vor entſtandenem Prozeß in gutem Glauben kaufte. Daß gegen dieſen die hereditatis petitio utilis unter gewiſſen Einſchränkungen Statt habe, iſt ſchon oben (S. 521. Nr. 1.) bemerkt worden. Dieſe actio utilis unterſcheidet ſich darin von der actio directa, daß ſie in Abſicht auf die vor der Klage gezogenen Früchte die Eigenſchaft eines iudicii singularis annimmt. Der Käufer lucrirt daher, wie bey der Reivindication, unbedingt die von ihm bis zur Einlaſſung conſumirten Früchte [8]).

2) Von der Zeit der erhobenen Klage an muß hingegen auch der redliche Beſitzer alle, ſowohl gezogene, als vernachläßigte Früchte, auch die conſumirten, wodurch er nicht bereichert iſt, nur nicht die durch bloßen Zufall zu Grunde gegangenen, reſtituiren. Dieſes beruhet auf klaren geſetzlichen Vorſchriften [9]), welche in dem oben erklärten Rechtsſatz ihren Grund haben, daß der redliche Beſitzer von Zeit des entſtandenen Prozeſſes an in Abſicht auf Dolus und Culpa einem unredlichen Beſitzer gleichgeachtet wird. Doch wird ſich gleich nachher noch mancher Unterſchied ergeben. Soviel alſo

II) den malae fidei possessor anbetrifft, ſo muß derſelbe dem Erben von Anfang ſeines Beſitzes an alle und jede Früchte reſtituiren,

5) Man ſehe hier vorzüglich *Ad. Frid.* Trendelenburg Selecta quaedam capita doctrinae de iure possessionis circa fructuum perceptionem. *Chilonii* 1775. Cap. III. §. 5.

6) *L.* 20. §. 6. *L.* 25. §. 11. *L.* 28. *D. eodem.*

7) *L.* 22. *D. h. t.* Amaya c. I. nr. 49.

8) *L.* 2. *C. h. t.* Emtor autem, qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularum rerum iure convenitur. Man ſehe über dieſe Stelle Voet in Comm. ad Pand. h. t. §. 11. und Weſtphals Commentar §. 442.

9) *L.* 1. §. 1. *C. h. t.* *L.* 2. *C. de fruct. et lit. expens.* §. 2. *I. de officio iud.* In der letzten Stelle heißt es vorzüglich: Post inchoatam autem petitionem etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumti sunt.

tuiren[10]), und zwar nicht nur diejenigen, die er wirklich gezogen hat, ſie mögen noch exiſtiren, oder conſumirt, oder verloren gegangen ſeyn (fructus deperditi)[11]; ſondern auch diejenigen, welche er nicht percipirt hat[12]), aber der Erbe percipirt haben würde, wenn ihm die Erbſchaft nicht wäre vorenthalten worden[13]), und zwar bis zur Zeit des rechtskräftigen Urtheils, wenn gleich die Sachen ſelbſt, wovon die Früchte zu erſetzen ſind, während ſeines Beſitzes zu Grunde gegangen wären[14]).

Nun entſteht noch die Frage, in wiefern bey der Erbſchaftsklage auch die Zinſen zu vergüten ſind? Hier iſt Folgendes zu bemerken.

1) Die Zinſen, welche der Beſitzer von den Erbſchaftsſchuldnern bezogen hat, muß jeder Beſitzer, er ſey bonae oder m. f. possessor, in ſoweit vergüten, als er die Früchte zu erſetzen ſchuldig iſt[15]). Nam usurae perceptae vicem fructuum obtinent[16]).

2) Zinſen von Geldern, die aus veräußerten Erbſchaftsſachen gelößt worden ſind, darf

a) der Beſitzer in gutem Glauben nur erſt von Zeit der wider ihn erhobenen Klage an erſtatten[17]), und es iſt dann gleichgültig, ob er dieſe Gelder wirklich erhoben hat, oder ob er ſie hätte erheben können[18]). Hat er aber ſelbſt Zinſen vor entſtandenem Prozeß bezogen, ſo erſetzt er ſie in ſoweit, als er dadurch noch jetzt bereichert iſt[19]). Wenn hingegen

b) der Beſitzer in böſem Glauben, oder auch der b. f. possessor nach entſtandenem Prozeß Erbſchaftsſtücke verkauft hat, ſo muß er eigentlich die Sache ſelbſt mit den Früchten reſtituiren[20]).

Das

10) *L.* 40. §. 1. *D. h. t.* Praedo fructus suos non facit, sed augent hereditatem.

11) *L.* 21. *D. h. t.* Siehe Weſtphal Commentar §. 485.

12) *L.* 25. §. 4. *D. h. t.* §. 2. *I. de offic. iudic.*

13) *L.* 62. §. 1. *D. de Rei vindic.* *L.* 4. *C. unde vi.* Hasse Diss. de litis contestat. an et quat. b. f. possessor per eam in m. f. constituatur. §. 7. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 2. B. Med. 69.

14) *L.* 33. *D. de Rei vind.*

15) *L.* 1. §. 1. *C. de petit. hered.* *L.* 1. *C. de his quae ut indignis.*

16) *L.* 34. *pr. D. de Usur.*

17) *L.* 20. §. 11. *D. h. t.*

18) *L.* 20. §. 15. *D. eod.* Er kann jedoch dem Kläger auch die Klage gegen den Käufer abtreten. *L.* 20. §. 17. *D. h. t.*

19) *L.* 1. §. 1. *C. de petit. heredit.*

20) *L.* 20. §. 2. *et* 12. *D. h. t.*

Das Kaufgeld mit den Zinſen aber kann nur dann gefordert werden, wenn der Verkauf der Sachen für die Erbſchaft nöthig, oder nützlich war[21].

3) Zinſen von Früchten, welche

a) vor entſtandenem Prozeß verkauft worden, muß der malae fidei possessor unbedingt bezahlen[22], der redliche Beſitzer aber darf nur das erſetzen, um was er reicher geworden iſt[23]. Denn ſolche Früchte, welche bereits vor erhobener Klage bezogen worden ſind, vermehren die Erbſchaft, und kommen als Theile derſelben, nicht als Acceſſionen, in die Erbſchaftsklage[24].

b) Von den Früchten hingegen, welche erſt nach entſtandenem Prozeß bezogen worden ſind, ſagt Papinian[25], dürfen keine Zinſen bezahlt werden. Denn dieſe kommen nicht als für ſich beſtehende Theile in die Erbſchaftsklage, da ſie ja bey der Anſtellung derſelben noch nicht exiſtirten; als bloßer Zuwachs werden ſie durch das richterliche Amt dem Kläger zuerkannt. Vom Zuwachſe aber kann es nicht wieder einen neuen Zuwachs geben[26].

4) Zinſen von baaren Geldern, welche in der Erbſchaft vorhanden waren, wenn ſolche nicht ausgeliehen worden, erſetzt auch ſelbſt der malae fidei possessor nicht[27]. Weil er für das Capital haften muß, wenn es verloren geht. Es konnte ihm alſo nicht zugemuthet werden, das Geld auf ſeine Gefahr auszuthun[28]. Hat aber der Beſitzer der Erbſchaft das Geld auf Zinſen ausgeliehen,

21) *L.* 20. §. 12. *et* 16. *D. h. t.* *L.* 1. *C. de his, quae ut indignis.* S. Heinr. Ernſt Ferd. Boley Betrachtungen über verſchiedene Rechtsmaterien. (Stuttgart 1800.) S. 54. ff.

22) *L.* 51. §. 1. *D. h. t.* *L.* 18. *D. de his, quae ut indignis aufer.* S. *Ger.* NOODT de foenore et usuris L. II. cap. 12. VOET Comm. ad. Pand. h. t. §. 15.

23) *L.* 40. §. 1. *D. h. t.* *L.* 1. §. 1. *C. h. t.*

24) *L.* 20. §. 3. *L.* 40. §. 1. *D. h. t.* L. 2. *C. eod.*

25) L. 51. §. 1. *D. h. t.*

26) S. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 16. Weſtphals Commentar §. 483. und Boley angef. Betrachtungen S. 58. f.

27) L. 20. §. 14. *D. h. t.* Papinianus autem lib. III. Quaestionum, si possessor hereditatis pecuniam inventam in hereditate non attingat negat eum omnino in usuras conveniendum. Dieſe Stelle ſpricht ganz allgemein, und kann daher nicht bloß von einem Beſitzer in gutem Glauben verſtanden werden. Man ſehe FABER in Rational. ad h. l. VOET h. t. §. 15. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 14. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 15. et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. a. et b. Weſtphal im angef. Commentar §. 493.

28) L. 26. *pr. D. de Rei vindicat.*

liehen, ſo kann der Erbe die Zinſen anders nicht verlangen, als wenn er auch die Gefahr des Capitals übernimmt, indem die Bezahlung der Zinſen und die Uebernahme der Gefahr ſich nicht von einander trennen laſſen[29]. Dem Kläger ſteht daher gegen den Beſitzer in böſen Glauben die Wahl zu, ob er die Zinſen mit dem Riſiko des Capitals, oder bloß das Capital ohne Gefahr und ohne Zinſen übernehmen wolle. Dahingegen ſteht es dem bonae fidei possessori frey, dem Erben das, was er am Capital und Zinſen erhoben hat, ſoweit er dadurch reicher geworden, zu übergeben, oder demſelben ſeine Rechte an den Schuldner, jedoch auf Gefahr des Klägers, abzutreten[30].

§. 571.

Gegenforderungen des Beklagten.

Der Beklagte kann nun auch Gegenforderungen an der Erbſchaft haben. In wiefern müſſen ihm dieſe erſetzt werden? Man merke,

1) was der Beſitzer ſchon vor der Uebernehmung der Erbſchaft an dem Nachlaſſe zu fordern hatte, kann er in Abrechnung bringen. In ſofern jedoch dem Beſitzer ſeiner Forderung wegen kein Klagerecht zuſtand, ſteht zwar dem redlichen Beſitzer ein Abrechnungsrecht zu, aber nicht dem malae fidei possessor, damit dieſer von ſeinem Dolus keinen Vortheil ziehe[31].

2) Was der Beſitzer auf die Perſon des Erblaſſers, nämlich wegen ſeiner Krankheit und Beerdigung verwendet hat, kann er ohne Unterſchied abrechnen[32]. Nicht minder,

3) was der Beſitzer an Schulden bezahlt hat. Zwar wird dadurch der wahre Erbe nicht ipso iure von ſeiner Verbindlichkeit befreyt, wenn der Beſitzer für ſich Schulden des Erblaſſers bezahlt. Allein der Erbe kann ſich gegen die Gläubiger, wenn er von

29) *L.* 67. §. 1. *D. pro socio.* *L.* 10. §. 8. *D. mandati.* Boley ausgef. Betrachtungen S. 62.

30) *L.* 30. *D. h. t.* Iulianus scribit, actorem eligere debere, utrum sortem tantum, an et usuras velit cum periculo nominum agnoscere. Atquin secundum hoc non observabimus, quod Senatus voluit, bonae fidei possessorem teneri, quatenus locupletior sit: quid enim, si pecuniam eligat actor, quae servari non potest? Dicendum itaque est in bonae fidei possessore, haec tantummodo eum praestare debere: id est, vel sortem et usuras eius, si eas percepit; vel nomina cum eorum cessione in id facienda, quod ex his adhuc deberetur, periculo scilicet petitoris. S. Voet h. t. §. 15. in fin. und Weſtphals Commentar §. 476.

31) *L.* 13. §. 1. *D. h. t.*

32) *L.* 3. *C. h. t.*

von ihnen belangt werden ſollte, mit der exceptione doli ſchützen. Ueberdem kann er von dem m. f. possessore eine Caution der Vertretung wegen fordern. Zu dieſer Caution iſt nun zwar der b. f. possessor nicht verpflichtet, allein dieſer muß wenigſtens dem Erben, wenn er es verlangt, die ihm zuſtehende condictio indebiti cediren, weil er aus Irrthum bezahlt hat, und ihm nun, nachdem er dem Erben das Bezahlte angerechnet hat, die Klage nichts mehr hilft[33]). Ein gleiches findet

4) in Anſehung der bezahlten Vermächtniſſe Statt[34]).

5) Sind Unkoſten wegen der Erbſchaft ſelbſt verwendet worden, ſo kommt es darauf an,

a) ob die Verwendung auf die Früchte gemacht worden iſt. Dieſe werden jedem Beſitzer vergütet, wenn ſie wegen ſolcher Früchte gemacht worden ſind, die er dem Erben reſtituiren oder dem Werthe nach vergüten muß. Denn die Regel: fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis, findet wie Paulus[35]) ſagt, auch bey den praedonibus Statt. Hatte er etwas vergebens auf Früchte verwandt, aus denen ohne ſein Verſchulden nichts geworden iſt, ſo kann er dieſe Unkoſten nur dann in Anſatz bringen, wenn er in bona fide war[36]).

b) Sind hingegen auf die Subſtanz der erbſchaftlichen Sachen Unkoſten verwendet worden, ſo erhält

1) der b. f. possessor durchaus für alle, ſelbſt nicht mehr exiſtirenden Verwendungen, Entſchädigung, ſie mögen nothwendige, nützliche, oder bloß zur Verzierung gemachte ſeyn[37]).

2) Der m. f. possessor hingegen kann zwar für die nothwendigen, auch nicht mehr exiſtirenden, weil er für deren Unterlaſſung verantwortlich geworden wäre[38]), für die nützlichen Verwendungen aber nur in ſofern, als ſie noch vorhanden ſind, Entſchädigung fordern[39]). Wegen der bloß auf Verzierungen verwendeten Koſten hingegen iſt ihm nur Trennung zu geſtatten, ſoweit ſie ohne Schaden des Ganzen möglich iſt[40]).

33) *L.* 31. *pr. D. h. t. L.* 5. *C. eodem.* Weſtphal Commentar §. 504. u. 505.

34) *L.* 17. *D. h. t.*

35) *L.* 36. §. 5. *D. h. t. L.* 46. *D. de Usur.*

36) *L.* 37. *D. h. t.*

37) *L.* 38. *et* 39. *D. h. t.* Voet h. t. §. 21.

38) *L.* 38. juncta *L.* 31. §. 3. *D. h. t. et L.* 54. §. 2. *D. eodem.* Voet c. l. Thibaut System des Pand. R. T. II. §. 743.

39) *L.* 38. *in fin. D. h. t.*

40) *L.* 39. *D. eodem.*

D. Knode

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich <<von>>, / Mühlenbruch, Christian Friedrich, /
Fein, Eduard,

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 7,2

Erlangen 1842

J.rom.c. 137 b-7,2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565478-7
VD18 10657126-002